

**LA PRUEBA DE REFERENCIA EN LA JURISPRUDENCIA PENAL
COLOMBIANA, UN ANÁLISIS EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS
PROCESALES DE ORALIDAD, CONFRONTACIÓN E INMEDIACIÓN POR
PARTE DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

Andrés Felipe Coronado Gil

Carlos Felipe Pastrana Cuartas

Universidad EAFIT

Escuela De Derecho

2017

**LA PRUEBA DE REFERENCIA EN LA JURISPRUDENCIA PENAL
COLOMBIANA, UN ANÁLISIS EN EL MARCO DE LOS PRINCIPIOS
PROCESALES DE ORALIDAD, CONFRONTACIÓN E INMEDIACIÓN POR
PARTE DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

ANDRÉS FELIPE CORONADO GIL
CARLOS FELIPE PASTRANA CUARTAS

Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de abogado

Asesor:

SEBASTIAN NARANJO SERNA

Abogado

MEDELLÍN

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

2017

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín – Antioquia 29 de septiembre de 2017

DEDICATORIA

Dedicamos este trabajo a nuestra universidad EAFIT, por ser el oasis de conocimiento que durante generaciones ha velado por el desarrollo y la educación integral de los antioqueños, consolidándose en gran manera como una ventana abierta al mundo.

AGRADECIMIENTOS

Nuestros sinceros agradecimientos a los profesores del área de derecho penal de la universidad EAFIT, en especial al profesor Sebastián Naranjo Serna por su invaluable apoyo como tutor durante la realización de este trabajo, orientándonos de la mejor manera y motivando nuestro espíritu para lograr la obtención de los resultados obtenidos.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	9
1. MARCO LEGAL.....	12
1.1. JUSTIFICACIÓN.....	12
1.3. ADMISIBILIDAD EXCEPCIONAL	17
1.3.1. Reglas generales de Admisión.....	18
1.3.2. Necesidad de otras pruebas.....	20
1.3.3. Obligatoriedad del cumplimiento de requisitos de admisibilidad	21
2. LA PRUEBA DE REFERENCIA EN LA DOCTRINA.....	22
3. LA PRUEBA DE REFERENCIA Y LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO PENAL –UNA POSIBLE PUGNA-.....	26
3.1. PRINCIPIO DE ORALIDAD.....	26
3.2. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN	29
3.3. PRINCIPIO DE CONFRONTACIÓN	33
4. LINEA JURISPRUDENCIAL.....	38
3.1. PERIODO SELECCIONADO	39
3.2. PUNTO ARQUÍMEDICO	39
3.3. INGENIERIA DE REVERSA	40
3.4. NICHOS CITACIONAL.....	45
3.5. PUNTOS NODALES	46
3.5.1.1. Sentencia 24468 del 30 de marzo 2006, M.P. Edgar Lombana	46
3.5.1.2 Sentencia 19561 del 26 de abril de 2006. Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas.	48
3.5.1.3 Sentencia 25920 de febrero de 2007. Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz	49
3.5.1.4 Sentencia 27477 del 2008. M.P. Augusto Ibañez.....	51
3.5.1.5 Sentencia 30598 de 2009.M.P. María del Rosario González de Lemos	52

3.5.1.6 Sentencia 34703 del 14 de diciembre de 2011. Magistrado Ponente Augusto Ibañez Guzmán.....	53
3.5.1.7 Sentencia 34131 del 2 de julio de 2014. M..P. José Leonidas Bustos ..	53
3.5.1.8 Sentencia 44056 del 28 de octubre de 2015 M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR	55
3.5.8.9 Sentencia 41667 del 04 de mayo de 2016 M.P. JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA.....	57
3.5.8.10. Sentencia 43866 del 16 de marzo de 2016 M.P. PATRICIA SALAZAR CUELLAR	58
3.5.8.11. Sentencia 43916 31 de agosto de 2016 M.P. PATRICIA SALAZAR CUELLAR	60
3.5.8.12. Sentencia 44950 del 25 de enero de 2017 M.P. PATRICIA SALAZAR CUELLAR (PUNTO ARQUIDEMICO DE APOYO).....	61
3.6. GRAFICA DEL PROBLEMA JURIDICO – LINEA JURISPRUDENCIAL...	63
CONCLUSIÓN.....	62
BIBLIOGRAFÍA	70
ANEXOS.....	75

RESUMEN

En este trabajo de grado, se presenta una línea jurisprudencial elaborada con el fin de examinar, determinar y concluir, acerca del manejo que le ha estado dando la Corte Suprema de Justicia, al tema de la prueba de referencia y su relación con los principios procesales de oralidad, inmediación y confrontación. Por medio del análisis de algunas providencias de esta corporación, nos permitimos establecer la forma en la que esta Corte, logra ponderar la admisibilidad de la prueba de referencia y los principios procesales ya mencionados.

Prueba de Referencia, Principio de Inmediación, Principio de Oralidad, Principio de Contradicción, Principio de Confrontación, Testigo Directo, Testigo Indirecto, Testigo de Oídas.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de esta monografía consiste en realizar una línea jurisprudencial de como la sala penal de la Corte Suprema de Justicia ha abordado la prueba de referencia desde la expedición del Código de Procedimiento Penal¹ vigente, cuando esta pretende ser utilizada en un juicio oral, de cara a determinar si la corporación ha permitido la vulneración de los principios de oralidad, confrontación e inmediación, o sí por el contrario, los mismos han prevalecido frente a la prueba de referencia, logrando una incorporación mediada entre la admisibilidad y las cortapisas que le impone la ley a este medio de prueba en particular.

Para lograr tal propósito se diseñó un marco legal y un marco teórico de los cuales se da cuenta en el diseño capitular contenido en los siguientes títulos: Se inicia con los antecedentes y definición de la prueba de referencia; en este sentido se abordan los principios de oralidad, confrontación e inmediación. Y se concluye con la presentación de una línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, donde se dan a conocer las tensiones entre la prueba de referencia y los principios anteriormente mencionados para la aplicación de esta figura en el proceso penal colombiano.

En atención a lo anterior se presenta una selección jurisprudencial cuidadosa y ordenada, en la cual se usó la técnica propuesta por el doctor Diego López Medina en su obra *“El derecho de los jueces”*, una de las más importantes herramientas metodológicas para la elaboración de líneas jurisprudenciales.

La citada técnica enmarca formalmente el trabajo en tres pasos consecutivos; el primero de ellos la identificación del punto o sentencia arquimédica de apoyo, la cual sirve para identificar plenamente las sentencias integradoras de la línea, para

¹ Ley 906 de 2004. Código de Procedimiento Penal.

posteriormente facilitar la estructuración de la misma y la realización de graficas de apoyo, que brindan una visión didáctica del grupo de sentencias, facilitando su clasificación de acuerdo a su nivel de importancia, y de esta manera, clasificar cada una de las sentencias sometidas al análisis. Seguidamente se construyó un “*nicho citacional*” en el que se agrupan un conjunto de sentencias citadas en el punto arquimédico, finalmente se hace el estudio de las mismas mediante “ingeniería de reversa” proceso mediante el cual son examinadas todas las sentencias previamente escogidas y de esta manera se determinan los “*puntos nodales*” en los que se podrán encontrar las opiniones en común que subsisten en las sentencias del nicho citacional.²

Recobra importancia la elaboración de este trabajo de monografía, puesto que, en los últimos años, muchos países han desarrollado ampliamente el tema de la prueba de referencia y su incorporación al derecho interno, aunque con matices especiales y obedeciendo a las características de cada contexto.

Así, la aplicación de la prueba de referencia en los diferentes ordenamientos, no ha sido para nada pacífica; que no resulta extraño si se tiene en cuenta que ella puede vulnerar parámetros y principios comúnmente aceptados por la doctrina y la jurisprudencia internacional, en pro de amparar el debido proceso y garantizar de esta manera a quien es llevado a juicio, de que contará con las garantías necesarias para que la administración de justicia se lleve a cabo en debida forma.

Es por esto que se decide abordar el tema en este trabajo de monografía, para determinar el trato que la jurisprudencia colombiana le ha estado dando a la prueba

² LÓPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los jueces: Bogotá, Legis, 2000, p 167-168

de referencia en materia penal, y como logra articular este tipo de prueba con los principios procesales de oralidad, confrontación e intermediación.

A nivel local, este tema ha venido tomando gran relevancia en el derecho colombiano, puesto que la materialización de los principios nombrados, es hasta el momento incipiente en la jurisprudencia, por lo tanto, se hace necesario en este trabajo establecer cómo logra la prueba de referencia acomodarse en el ordenamiento y a determinar en forma clara, los límites de admisibilidad, a partir del carácter excepcional de su naturaleza.

Este estudio, contribuirá con conocimiento significativo para la academia, puesto que logra dilucidar de manera profunda el panorama jurídico penal de la prueba de referencia en Colombia en materia jurisprudencial.

1. MARCO LEGAL

1.1. JUSTIFICACIÓN

Si bien el objetivo general de esta investigación está fundado en la elaboración de una línea jurisprudencial sobre la prueba de referencia, es importante, abordar el marco legal y doctrinario en el cual se han basado las altas cortes colombianas para establecer los puntos básicos de aplicación, debiendo partir de la contextualización del escenario jurídico en el que esta se aplica, de cara a precisar las prerrogativas y limitaciones que la justicia penal colombiana le impone.

Debido a que la legislación es fuente principal del ordenamiento jurídico, resulta conveniente sumergirse en el vigente código de procedimiento penal, ya que es la normativa donde se encuentra regulada expresamente la figura de la prueba de referencia en el sistema penal colombiano.

Las pruebas son los elementos que se llevan al conocimiento del juez, previo un proceso de admisión, para llevarlo a la convicción y tomar una decisión de acuerdo con el grado de convencimiento material aportado por las partes.

En palabras de Devis Echandia, se entiende por pruebas: *“el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan*

al proceso.” O sea, se entiende por prueba, todos aquellos elementos que llevan al convencimiento del juez y que son imprescindibles para tomar una decisión.³

El Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, aborda el fin de la prueba, como aquel encargado de *“llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe”*⁴.

El legislador del 2004, dentro del conjunto de elementos que llevarían a la convicción del juez, contempló de manera incipiente la figura de la prueba de referencia, hecho que ha dado lugar a la presentación de un amplio aumento de valladares jurídicos entorno a su aplicación, gracias a la incompatibilidad de la misma con algunos de los principios rectores del proceso penal, como lo son el de inmediación, confrontación y oralidad.

Por lo expuesto, la sala penal de la Corte Suprema de Justicia como máximo tribunal de cierre y la Corte Constitucional Colombiana en su función de salvaguarda de los derechos constitucionales se ha visto en la necesidad de pronunciarse en repetidas ocasiones sobre este medio de prueba, lo que ha venido permitiendo un esclarecimiento paulatino sobre el panorama jurídico de la misma y es en este sentido, que se hace necesaria la elaboración de esta línea jurisprudencial.

³ ECHANDIA, Devis. Compendio de la Prueba judicial; Anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso. Buenos Aires- Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores. 2000. Pág. 14.

⁴ Ley 906 de 2004. Artículo 372

1.2. LA PRUEBA DE REFERENCIA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 2004 – LEY 906-

Solo a partir del año 2004, se viene aplicando en Colombia un proceso penal con preeminencia de la oralidad, pues antes de esta data, se aplicaba un proceso de corte inquisitivo y escritural, donde la etapa de instrucción estaba cargo de la Fiscalía General de la Nación, con facultades de equivalente jurisdiccional; pero a partir del citado año, cambió la sistemática adjetiva penal, abandonando el sistema escrito y optando por un sistema de corte oral.

Con anterioridad a la expedición de la ley 906 de 2004, se realizaron al interior del congreso, discusiones sobre la necesidad de reducir el listado de excepciones a la prohibición de admisión de prueba de referencia por cuanto se ha apreciaban dificultades frente al ejercicio del derecho de contradicción:

En virtud de las reglas que rigen la práctica de la prueba en un sistema acusatorio se considera que el abuso de la figura de la prueba de referencia puede presentar un gran obstáculo para el cumplimiento de principios tan importantes como la inmediación y la contradicción probatoria. El artículo señalado al determinar una extensa casuística probatoria convierte en regla general lo que por su naturaleza debe ser la excepción, por eso se ha concluido que las circunstancias que ameritan el despliegue de tan singular figura son las que se proponen.⁵

La Corte Suprema de Justicia ha resaltado que la admisibilidad excepcional del testimonio de referencia y el valor menguado que la ley asigna se explica,

⁵ BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. La prueba en el Proceso Penal Colombiano. Bogotá: Ed Nivel Central, 2008. Pág. 121; Informe ponencia para primer debate al proyecto de ley 01 de 2003. CÁMARA “por la cual se expide el código de procedimiento penal” Bogotá D.C., 24 de octubre de 2003.

de una parte porque recorta el derecho a la defensa en cuanto no es factible interrogar al autor directo del relato que hace quien lo oyó; y de otra parte porque al juez se le dificulta la labor de confeccionar raciocinios adecuados sobre la credibilidad del testimonio indirecto, cuando no es posible confrontar con la fuente directa del mensaje transmitido por el declarante de referencia.⁶

Ese sistema penal acusatorio, fue desarrollado a través de la Ley 906 de 2004, que al paso que varió totalmente la estructura del proceso penal, introdujo nuevas figuras como el principio de oportunidad, los preacuerdos, etc., e introdujo conceptos como lo es la prueba de referencia, que aunque en la norma anterior, se le denominaba como la prueba de oídas.

Tanto en la legislación del 2000 en torno a la prueba de oídas, como en la del 2004, prueba de referencia, se han tenido serios reparos en torno a la admisibilidad de la prueba que no es traída al juicio a través de un testigo directo, sino, que debe ser dada a conocer por quien no tiene la versión presencial de los hechos y que por excepcionales razones podría ser aceptada al interior del proceso; pero, a diferencia de lo que establecía la Ley 600 de 2000, desde que entró en vigencia la Ley 906 de 2004, si bien es cierto, se admite la prueba de referencia, también lo es, que esta admisión tiene carácter excepcional.

Con el cambio del concepto, el legislador del 2004, solo introdujo unos cuantos artículos, que definen e indican los eventos en los cuales es procedente la admisibilidad de la prueba de referencia, al igual que señala las limitaciones y eventos en los cuales definitivamente se tiene que excluir para enarbolar los principios de inmediación, oralidad y confrontación de la prueba, detectando una pugna entre éstos y la forma de solucionarlo.

⁶ Ibíd., Pág. 121; Sentencia del 30 de marzo de 2006. RAD 34468, CSJ.

La prueba de referencia, denota entonces, la relatividad y flexibilización que en ciertos casos deben tener los principios fundantes del ordenamiento, debiendo resolver tales pugnas a través de la dogmática Constitucional bajo el resguardo de los derechos fundamentales que son los que siempre deben irrigar el procedimiento penal colombiano.

De este modo y en torno a la prueba de referencia, se tiene que la Ley 906 de 2004, consagra como pruebas, las actuaciones que realizan las partes ante el juez de conocimiento con el fin de incorporar los actos de investigación al proceso para convertirlos en pruebas dirigidas a obtener la verdad de lo sucedido y verificar sus proposiciones de hecho⁷. Por tanto, es preciso aclarar que sólo adquiere calidad de prueba, aquella que se realiza en el juicio oral, a saber: documentales, periciales, testimoniales, que llegan a través de testigo directo de los hechos.

No obstante lo expuesto, el legislador del 2004, expresó la definición de la prueba de referencia, como aquella que se realiza fuera del juicio oral, .contrario a lo indicado en el párrafo anterior; de este modo, plasmó en el artículo 437 de la pluricitada codificación, lo siguiente:

Artículo 437. Noción. Se considera como prueba de referencia toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio

⁷ Sentencia C-144 de 2010. Corte Constitucional.

La normativa transcrita contempla un hecho no establecido en las reglas de las pruebas que se incorporan al juicio oral, esgrimiendo la posibilidad de tener en cuenta una declaración que se realiza por fuera del juicio oral en eventos en que no es posible practicarla en el juicio oral.

Sin duda alguna permitir que pruebas que no son practicadas en forma directa en el juicio oral, riñen de forma abierta con los principios de oralidad, confrontación e inmediación, razón por la cual el legislador del mismo modo que contempló su admisibilidad, también estableció limitaciones para ello, tal como se expone en el siguiente acápite, bajo el entendido que la regla no es general, sino excepcional.

1.3. ADMISIBILIDAD EXCEPCIONAL

La prueba de referencia es por regla general inadmisibile, por ello su admisibilidad está supeditada a seis casos o situaciones excepcionales, consagrados en el artículo 438 de la ley 906 de 2004; la inadmisibilidad de la prueba de referencia radica principalmente en la innegable vulneración del derecho de defensa de contra quien se pretende utilizar la misma, y su incompatibilidad con el resto de principios mencionados anteriormente; porque dentro de las atribuciones legales que se le otorgan a la defensa dentro del juicio, está la posibilidad para interrogar y contrainterrogar a los testigos y peritos⁸, lo que se traduce en el derecho que tiene el acusado para poder confrontar un testimonio y poder ejercer un efectivo control de la prueba, haciendo uso efectivo de su derecho de confrontación.

⁸ Ley 906 de 2004 art 125 Numeral 5.

Por lo expuesto, el legislador consagró reglas claras para la excepcional admisión de la prueba de referencia en el juicio oral.

1.3.1. Reglas generales de Admisión.

La admisibilidad de una prueba de referencia se ciñe tal cual menciona el párrafo 2 del artículo 441 de la ley 906 de 2004, no se debe apartar de las reglas generales de la prueba y especialmente de las del testimonio.

“Únicamente es admisible la prueba de referencia cuando el declarante:

- a) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación;*
- b) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar;*
- c) Padece de una grave enfermedad que le impide declarar;*
- d) Ha fallecido.*
- e) Es menor de dieciocho (18) años y víctima de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tipificados en el Título IV del Código Penal, al igual que en los artículos 138, 139, 141, 188a, 188c, 188d, del mismo Código.*

También se aceptará la prueba de referencia cuando las declaraciones se hallen registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos.”⁹

⁹ Ibíd. Artículo 438.

Como si fuera poco, normas de rango constitucional como la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (tratados ratificados por Colombia, que hacen parte del Bloque de Constitucional por remisión expresa de los artículos 93 y 94 Superiores), consagran el derecho que tiene el acusado a solicitar la comparecencia de los testigos que declaren en su contra, verbigracia, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre las garantías judiciales menciona:

“f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”¹⁰

Mientras tanto el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 3, indica que, durante el proceso toda persona acusada de un delito tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

...e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.¹¹

La ley 906 de 2004 reafirma también la posición de los tratados, estableciéndolos de manera expresa en su artículo 8:

¹⁰Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos. Artículo 8.

¹¹ Ibíd., Artículo 8, literal e.

Defensa. En desarrollo de la actuación, una vez adquirida la condición de imputado, este tendrá derecho, en plena igualdad respecto del órgano de persecución penal, en lo que aplica a:

- k) Tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aun por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate”*

Lo anterior, refleja el marcado interés desde los instrumentos internacionales para que el juicio sea impregnado con los principios de oralidad, imparcialidad, contradicción, que garanticen una defensa irrigada por el debido proceso.

1.3.2. Necesidad de otras pruebas.

Como resultado de la conciencia del legislador acerca de la especialidad de la prueba de referencia, este le ha impuesto un límite efectivo a la valoración de la misma, imponiéndole una tarifa legal negativa¹², la cual prohíbe al juez emitir una sentencia condenatoria fundamentada únicamente en pruebas de referencia¹³.

¹²ARIAS DUQUE, Milton y otros. La prueba de referencia en el sistema penal acusatorio colombiano. Pereira. Universidad Libre, 2010. Pág. 12; RODRÍGUEZ, Orlando Alfonso. El testimonio penal y sus errores su práctica en el juicio penal y público segunda edición. Bogotá.: Editorial Temis, 2005. Pág. 317 capítulo XXV.,.

¹³Ley 906 de 2004: Artículo 381. Conocimiento para Condenar. *“Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”.*

Es pertinente afirmar, que la ley obliga indirectamente a la parte que pretende hacer valer este tipo de prueba a aportar otros medios que ayuden a confirmar la información contenida en la prueba de referencia, que brinden de tal forma un panorama mucho más claro al regente del proceso a la hora de tomar una decisión final.

De otro lado, es menester decir que para que una declaración realizada con antelación al juicio oral, sea incluida como prueba de referencia en un proceso penal, el juez debe siempre examinar la misma a la luz de lo que la ley llama pertinencia¹⁴, sin olvidar también las cargas que tienen las partes en el proceso, puesto que la admisibilidad de una declaración como prueba de referencia, depende en gran medida, del uso que quien la aportó le quiera dar¹⁵; esto significa que al momento de decretar y valorar una prueba de tales características, se debe tener un plus adicional de cuidado, porque al mismo tiempo se deben respetar otros principios constitucionales como la inmediación y contradicción.

1.3.3. Obligatoriedad del cumplimiento de requisitos de admisibilidad

La prueba de referencia es concebida como tal, solo si cumple con los requisitos de admisibilidad impuestos por la ley para esta prueba en especial, por ende, no toda declaración realizada por fuera del juicio oral es prueba de referencia por sí misma que pueda incorporarse al juicio, sino que su existencia queda siempre supeditada a los requisitos que impone la legislación y la jurisprudencia para su admisibilidad y a su posterior incorporación al acervo probatorio del proceso.

¹⁴ Ibíd. Artículo 375

¹⁵ BEDOYA SIERRA, Op. cit., Pág. 124

2. LA PRUEBA DE REFERENCIA EN LA DOCTRINA

La Ley 906 de 2004, estableció la posibilidad que el juez en el juicio pueda admitir prueba de referencia, pero sólo de manera excepcional; situación que ha sido objeto de diferentes posiciones doctrinales que van desde las que avalan tal posibilidad, hasta las que asumen un papel crítico en torno a la posibilidad de admisión de esta prueba en los términos del artículo 437 y s.s. del Código de Procedimiento Penal.

Por ejemplo, el autor Ernesto L. Chieza, es del parecer que esta prueba no resulta muy confiable, en tal sentido, afirma:

Se estima que de ordinario, la prueba de referencia no es confiable, en la medida de que se trata de recibir como evidencia una declaración que no se hace con el rigor exigido en las reglas: en la Corte, bajo juramento y sujeto a confrontación por la parte afectada. La declaración anterior pudo haber sido hecha en Corte- en procedimiento- o vista anterior y hecha bajo juramento; con todo sigue presente el problema más serio:

La parte contra la que se ofrece la declaración no ha tenido oportunidad de confrontarse con el declarante, sobre todo, no ha tenido la oportunidad de contrainterrogar al declarante.¹⁶

El tratadista citado con anterioridad, es categórico al manifestar que es necesario tener un cuidado muy especial, cuando se está ante una prueba de referencia, porque es evidente la tensión entre los principios y derechos fundamentales, en tales casos, por ello es requisito *sine quam nom*, examinar el caso concreto con el

¹⁶BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. La prueba en el Proceso Penal Colombiano. Bogotá: Ed Nivel Central, 2008. Pág. 123; Ernesto L. Chiesa Aponte, Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos, Vol. III, Ed. Fórum 1995, Pág. 338.

objeto de evitar un sacrificio de tan elementales postulados medulares de inmediación y contradicción, sobre las cuales descansa la firmeza de la decisión judicial penal y que justifican que solo de manera excepcional sea admitida la prueba de referencia.

Otro sector de la doctrina, entre ellos, Jairo Parra Quijano, entiende la prueba de referencia: *“La prueba de referencia es la declaración emitida por una persona y que a pesar de no haberse producido en el juicio oral, se utilizará en el proceso cuando se cumplan determinadas condiciones”*¹⁷, o sea, que es un elemento que se transporta a través de otra prueba: un documento (escrito, un video con narración, etc.), o a través del llamado testigo de oídas.

En el texto la prueba de referencia en el sistema penal acusatorio colombiano de Milton Julian Arias Duque, cita a Para Oscar Julián Guerrero Peralta, quien en torno a la prueba de referencia, expone:

Declaración o conducta asertiva distinta de la que hace el declarante en la vista oral y que se ofrece como evidencia para poder probar la verdad de lo aseverado”.

*Refiere el autor señalado, que en cualquier caso, los elementos de esta definición enfatizan el juego que existe para que una prueba se pueda considerar como prueba de referencia, esto es, que las afirmaciones se hayan realizado por fuera de la vista oral, lo que significa que las afirmaciones orales o escritas recolectadas en la etapa procesal de investigación o incluso declaraciones bajo juramento para otro tipo de proceso diferente al penal, pueden contar como una declaración de referencia.*¹⁸

¹⁷ PARRA QUIJANO, JAIRO. Manual de Derecho Probatorio, Pág. 813 – 818. Universidad Externado de Colombia, librería ediciones del profesional, décima sexta edición. Bogotá, 2007.

¹⁸ ARIAS DUQUE, MILTON y otros. La prueba de referencia en el sistema penal acusatorio colombiano, Pag.12, Universidad Libre. Pereira. 2010.

Destaca la anterior definición que la prueba debió realizarse por fuera de la vista pública, en tal sentido una prueba es de referencia, no porque el declarante crea que lo que dijo es veraz, sino porque se quiere traer lo que otra persona dijo y se puede aseverar que lo declarado corresponde con lo que otro ha afirmado anteriormente; debiéndose descubrir el autor de la manifestación para someter su contenido a la contradicción.

En el sistema penal oral colombiano cuando la declaración se encuentre contenida en un documento el mismo deberá leerse en la audiencia y el contenido, es decir la declaración estará sujeta a la contradicción, utilizando otros medios probatorios y si es del caso discutiendo su credibilidad, en esta forma se garantiza el debido proceso y el derecho de defensa que le asiste al acusado.

Roger Park, un importante miembro de la doctrina jurídico anglosajona, dice que prueba de referencia tiene que ser diferenciada teniendo en cuenta el uso que se le quiera dar en el proceso, esto es, si está dirigida a probar las afirmaciones de un declarante, o si por el contrario, está encaminada a la consecución de una inferencia confiable partiendo de la creencia en quien declara, si se tiene en cuenta este segundo uso, cabría la posibilidad de estar agregando algunos elementos ajenos y extraños a un testimonio directo.¹⁹

¹⁹ARIAS DUQUE, Milton y otros. La prueba de referencia en el sistema penal acusatorio colombiano. Pereira. Universidad Libre, 2010; Park, Roger. The definition of hersay: To each its own. VOL 16.1996.

Según la tratadista europea María Velayos, todo tipo de afirmación que no sea pronunciada por primera vez en juicio sin tener en cuenta el sujeto que la emitió, de ninguna forma es capaz de dar luces reales sobre el acontecimiento de un hecho, y por ende, tiene que ser considerada como una prueba de referencia dentro del proceso. Dice también Velayos que esta situación, suele causar con frecuencia, una fuerte extensión del concepto de prueba de referencia, y lo amplía cuando no es posible realizar su práctica dentro del juicio, situación abiertamente reflejada en el derecho anglosajón.²⁰

Podemos concluir este acápite, afirmando con tranquilidad que la prueba de referencia es toda declaración que se realiza por fuera del juicio oral y que se logra introducir dentro del acervo probatorio de un proceso penal, porque su contenido de alguna forma hace referencia a los hechos que dieron lugar al mismo.

²⁰ VELAYOS MARTINEZ, María Isabel. El Testigo de referencia en el Proceso Penal. Editorial; Tirant Lo Blanch, Pág.207-2016, Valencia – España, 1998.

3. LA PRUEBA DE REFERENCIA Y LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO PENAL –UNA POSIBLE PUGNA-

Con el cambio de sistemática de la ley 600 de 2000 a la Ley 906 de 2004, se pretendió irrigar al proceso de penal de unos principios y garantías constitucionales y procesales, destinados a la salvaguarda de los derechos es por ello, que en atención a esta cuestión ha tenido la Corte Suprema de Justicia, de pronunciarse en el siguiente sentido:

*De ahí del papel que en el actual código de Procedimiento Penal, juegan los principios de inmediación y confrontación, siendo obligación – deber del juez, tener contacto directo con todos y cada uno de los medios de prueba y con los sujetos procesales que tienen participación en el contradictorio, sin alteración alguna, sin interferencia, desde su propia fuente.*²¹

Además de ser obligación – deber del juez, también es un derecho para las partes el ejercicio del derecho de contradicción, consistente en la posibilidad de conocer y controvertir las pruebas, bien sea que estas se produzcan o que se incorporen en debida forma al juicio oral.

3.1. PRINCIPIO DE ORALIDAD.

La característica más relevante del cambio sistemática penal en Colombia, radicó en pasar de un proceso eminentemente escrito de corte inquisitivo a uno oral

²¹CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 38512. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández.2012.

acusatorio. Es por ello que, en el código de procedimiento penal colombiano actual, la oralidad es un principio rector del proceso²²,” enmarcando las actuaciones de los sujetos procesales dentro de una atmósfera de activa participación personal a lo largo del juicio.

El principio de oralidad garantiza una relación directa entre los sujetos procesales (fiscal, procesado, defensor y juez) y además porque dentro del juicio la práctica de las pruebas se lleva a cabo a través de un debate oral, que permite a la vez un acceso directo y real a los medios de convicción; no solo permea las fases probatorias del juicio, son también, otras actuaciones procesales llevadas cabo dentro del juicio como la fase introductoria y la de conclusiones, en las que predomina la oralidad procesal.

La oralidad fue consagrada en el Código de Procedimiento Penal, al establecer que la actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán todos los medios técnicos disponibles que permitirán mayor agilidad y fidelidad; por tanto, se establece que todas las actuaciones se realizarán en audiencia.

A manera de simple ejemplo se puede observar como la formulación de imputación, la solicitud de imposición de una medida de aseguramiento, la solicitud de preclusión por parte de la fiscalía, la acusación, la solicitud de pruebas que se debe hacer en la audiencia preparatoria y naturalmente el juicio, todos ellos se tienen que hacer en audiencias, las que se caracterizan por que la actuación de los actores

²² Ley 906 del 2004. Op.cit, art 9. *“la actuación procesal será oral y en su realización se utilizarán los medios técnicos disponibles que permitan imprimirle mayor agilidad y fidelidad, sin perjuicio de conservar registro de lo acontecido. A estos efectos se dejará constancia de la actuación.*

intervinientes se realice de forma oral, e igualmente el juez toma las decisiones de la misma forma.²³

También la Constitución Política salvaguarda al máximo nivel el principio de oralidad por medio de su artículo 29, en donde garantiza el debido proceso como derecho fundamental, este derecho fundamental trae consigo la implementación de un juicio público, llevado a cabo dentro de una temporalidad moderada, en donde se utiliza la oralidad como eficaz herramienta de integración y sistematización de todo el conglomerado de principios que estructuran el proceso penal²⁴ .

Resulta claro que la prueba de referencia entra en disputa con el sistema de la oralidad, toda vez que la práctica de este medio de prueba no se realiza bajo el amparo y los lineamientos atinentes al mismo, ya que este tipo de prueba avoca a una gran dificultad no solo por ir en contravía de la oralidad, sino también porque pone en evidente vulnerabilidad algunos otros principios que constituyen el andamiaje garantista del proceso penal, puesto que la misma no se practica en presencia del juez y el acusado no tiene la posibilidad de ejercer la confrontación de la misma por medio del contrainterrogatorio, disminuyendo en gran medida la posibilidad de controvertir la prueba de manera directa.

²³ SOLÓRZANO GARAVITO, Carlos Roberto. Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, Pág.52. 2005.

²⁴ Ibíd., Pág.53.

3.2. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

Menciona Solórzano Garavito en su libro del sistema acusatorio y técnicas de juicio oral que *“La razón de ser del principio de inmediación radica en el conocimiento directo que debe tener el juez como director del proceso penal de todos y cada uno de los medios de convicción; es por ello por lo que las pruebas se deben practicar dentro de audiencia pública, siendo válidas en principio solamente aquellas que allí se practican y controvierten, a diferencia del otro sistema mixto colombiano regulado en la ley 600 del 2000, donde la Fiscalía General de la Nación es una autoridad de naturaleza jurisdiccional que practica pruebas y con fundamento en ellas toma decisiones, siendo tal el valor de las mismas que no requiere nuevamente su práctica en la etapa del juicio oral.*

En el actual sistema acusatorio, las pruebas son presentadas por la defensa y la fiscalía, pero todas deben practicarse en la audiencia pública y en presencia del juez para que puedan tener validez, es decir, solo tienen condición de pruebas las que se practiquen en el juicio oral y naturalmente en presencia del juez de conocimiento, el cual por esta vía tiene la plena capacidad de valorarlas de manera directa. Solo excepcionalmente se tendrán como válidas las pruebas practicadas con anterioridad, pero en presencia del juez de control de garantías. Es esta precisamente la razón de ser y la importancia de este principio.”²⁵

Debe tenerse en cuenta que el principio de inmediación procesal debe ser visto a través de dos dimensiones interpretativas distintas pero complementarias: una subjetiva y otra objetiva.

²⁵ Ibíd. Pág. 54

- La dimensión subjetiva atiende a la percepción directa de los sentidos.
- La dimensión objetiva se refiere al contacto directo con la fuente que contiene la información de los hechos, respectivamente.

“Ahora bien, desde el punto de vista la admisibilidad de la prueba de referencia, se puede afirmar que cuando se incluye en el acervo probatorio de un proceso penal, se está yendo en contravía de las dos dimensiones anteriormente mencionadas, ya que, el juez como director del proceso no podrá percibir la prueba con sus propios sentidos de manera directa y sin intermediarios, ni tendrá la oportunidad de tener contacto directo con la fuente contenedora de información para el proceso”.²⁶

Uno de los primeros y más importantes pronunciamientos sobre la importancia de este este principio para el innovador sistema procesal penal, lo hizo la corte constitucional mediante la sentencia C-591 de 2005:

“el principio de inmediación de la prueba, es definido por Pfeiffer como aquella posibilidad que tiene el juez de conocimiento de percibir directamente la práctica de pruebas para tomar la decisión acertada en el campo de la responsabilidad penal”.

²⁶ DECAP FERNANDEZ, Mauricio. El juicio oral y los principios de inmediación y contradicción. En: Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Enero, 2014. Vol. 36, p.69; SCHÖNBOHN , HORST Y LÖSING, NORBERT, Sistema acusatorio, proceso penal, juicio oral en América Latina y Alemania, s.e., Caracas, 1995, página 54; ROXIN, CLAUS, Derecho procesal penal, traducción de la vigésima quinta edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 102 394; Castro Jofré, en Introducción al Derecho procesal penal chileno, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, junio de 2006, p. 60; Florian, Eugene, Elementos de Derecho procesal penal, L. Prieto Castro (trad.) Jurídica Universitaria, México, abril de 2002, volumen 1, pág. 52.

*De tal suerte que, la aplicación del mismo en un sistema procesal penal acusatorio resulta de cardinal importancia, por cuanto es precisamente durante el juicio oral cuando deben practicarse las pruebas ante el juez que va a dictar sentencia. De allí que, a luz de dicho principio, según Roxin el juez debe proferir una sentencia de acuerdo con sus propias impresiones personales, que obtiene del acusado y de los medios de prueba en el curso del juicio oral, lo cual no es óbice para que, en casos excepcionales, se puedan practicar pruebas anticipadas, a condición de que se respeten todas las garantías procesales*²⁷

La inmediación tiene una estrecha relación con el principio de confrontación, bajo el entendido que más trascendente es que el juez de conocimiento pueda presenciar directamente la práctica de la prueba, bien a partir de la actuación de la parte que la ofrece, ora desde los diferentes aspectos o puntos de vista que introduzca la contraparte durante el contrainterrogatorio.²⁸

De acuerdo a la Corte Constitucional, la inmediación cumple un papel fundamental en el proceso penal, toda vez que permite al juez percibir de su fuente directas las pruebas y las alegaciones de las partes; no obstante, la Corte también indica que este principio no debe tomarse como absoluto, quizá refiriéndose a la figura de la prueba de referencia, donde el principio de inmediación se ve evidentemente afectado.²⁹

La ley 906 de 2004, también se encarga en su artículo 16 de abordar este principio:

²⁷ VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. Sentencia C-591 de 2005. Bogotá: Corte Constitucional Colombiana, 2005. Cita a *Pfeiffer y Roxin*.

²⁸ BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. Prueba de Referencia y Otros Usos de Declaraciones Anteriores al Juicio Oral. Medellín: Ed Comlibros, 2013. Pág. 93.

²⁹ Sentencia T-205/11, CORTE CONSTITUCIONAL.

ARTÍCULO 16. INMEDIACIÓN. En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. En ningún caso podrá comisionarse para la práctica de pruebas. Sin embargo, en las circunstancias excepcionalmente previstas en este código, podrá tenerse como prueba la producida o incorporada de forma anticipada durante la audiencia ante el juez de control de garantías.³⁰

En este orden de ideas, se requiere que el juez que va a proferir la sentencia, está en la obligación de ver y oír de manera directa, la prueba respecto de los acontecimientos fácticos, sin que esos elementos sean alterados por algún elemento extraño que altere su originalidad, que no exista entre su manifestación y la apreciación del funcionario otras personas que, de alguna forma, puedan cambiar la manifestación inicial.

También esgrimió en la citada Sentencia 34131 de 2014, que:

El principio de inmediación hace parte del procedimiento instituido por el legislador en la ley 906 de 2004 teniendo como soporte constitucional el artículo 250 superior, lo que sugiere que el juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia.

Estas exigencias surgen de los principios de publicidad, contradicción e inmediación a que aluden los artículos 377, 378 y 379 del Código de Procedimiento Penal de 2004, los cuales a su vez, desarrollan los principios rectores de que tratan los artículos 15, 16 y 18, cuya consagración deviene, de igual modo, del precepto constitucional definido por numeral 4º del artículo 2º del Acto Legislativo No. 3 de 2002, conforme al cual el acusado tiene derecho a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y rodeado de todas las garantías.³¹

³⁰ Ley 906 de 2004. Art 16

³¹ O.P. Cit. Decisión 34131 de 2014. CSJ.

No obstante, se permite la prueba de referencia, en los casos determinado por el artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, y sólo es admisible en esos eventos concretos y estrictamente enunciados por la ley, por ello se restringe su admisibilidad y la sentencia condenatoria no puede sustentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

3.3. PRINCIPIO DE CONFRONTACIÓN

El estado mediante su poder inquisitivo podría llegar a afectar notoriamente los derechos fundamentales de las personas, siendo este un tema delicado para las organizaciones de derechos humanos que abogan por la protección de la dignidad humana y los derechos inherentes a los habitantes de una determinada nación

Afirma Bedoya Sierra que: “En el ámbito penal, la idea de debido proceso y de juicio justo se erige como una cortapisa a esa facultad estatal, que apunta a disminuir el margen de error que existe en el proceso de penalización y entraña el reconocimiento de unas garantías mínimas que legitimen la forma más grave de intervención estatal en los derechos de los ciudadanos. El derecho del acusado a estar frente a frente con los testigos que le acusan y formularles preguntas es una de las garantías mínimas, que paulatinamente ha ganado terreno en importantes codificaciones nacionales e internacionales.”³²

A pesar de las notorias diferencias que existen en los sistemas de enjuiciamiento criminal más conocidos, el reconocimiento del derecho a la confrontación es punto común, y las discusiones sobre su materialización y posibilidades de limitación ocupan el interés de la doctrina y de los órganos encargados de administrar justicia.

³²BEDOYA SIERRA. O.p. cit, Prueba de Referencia y Otros Usos de Declaraciones Anteriores al Juicio Oral, Pág.16.

Este derecho recibe diferentes denominaciones: confrontación o derecho de interrogar a los testigos de cargo o derecho a controlar la prueba.

Confrontar, es una garantía existente desde hace ya mucho tiempo en los sistemas jurídicos, así lo afirma el tribunal supremo de Puerto rico cuando menciona algunos antecedentes de este principio en el antiguo derecho romano³³:

*“Pasados algunos días, el rey Agripa y Berenice vinieron a Cesarea para saludar a Festo. Y como estuvieron allí muchos días, Festo expuso al rey la causa de Pablo, diciendo: Un hombre ha sido dejado preso por Félix, respecto al cual, cuando fui a Jerusalén, se me presentaron los principales sacerdotes y los ancianos de los judíos, pidiendo condenación contra él. A estos respondí que no es costumbre de los romanos entregar alguno a la muerte antes de que el acusado tenga delante a sus acusadores, y pueda defenderse de la acusación”*³⁴

Además de su consagración en los ordenamientos jurídicos de mayor incidencia en nuestro país, el derecho de confrontación hace parte de tratados sobre derechos humanos suscritos por Colombia, lo que de entrada permite formarse una idea en torno a la importancia de comprender su alcance y ahondar en la discusión sobre su materialización.³⁵

Los principales elementos estructurales del derecho de confrontación son la posibilidad de tener frente a frente a los testigos de cargo y la oportunidad real y

³³ Ibíd., Pág. 16.

³⁴ Hechos de los apóstoles Cap. 25, Vers 13-19. Biblia Plenitud, Versión Reina Valera, 1960, Grupo Nelso (2008), Pág. 1435.

³⁵ BEDOYA SIERRA. O.p. cit, Prueba de Referencia y Otros Usos de Declaraciones Anteriores al Juicio Oral, Pág.16.

efectiva de interrogarlos, para su análisis también es importante el derecho a lograr la comparecencia de los testigos y la posibilidad de controlar el interrogatorio.³⁶

El derecho de confrontación tiene implicaciones más allá del careo, la posibilidad de interrogar a los testigos y la facultad de solicitar la comparecencia de personas que puedan “arrojar luz sobre los hechos”, la práctica del testimonio en el juicio oral permite, además, ejercer control sobre los interrogatorios y sobre el comportamiento de la otra parte e incluso sobre la actividad del juez durante la práctica de la prueba.

La ausencia de control a los interrogatorios practicados antes del juicio conspira contra la credibilidad del relato, porque es posible que: (i) la versión final sea producto de preguntas sugestivas o que de cualquier otra manera afecten la espontaneidad del testigo, (ii) el acta no refleje finalmente lo expresado por el declarante, (iii) el mal uso del lenguaje impida que la información que tiene el testigo se transmita de manera fidedigna al juez. Estos controles no pueden realizarse si no se participa activamente en la formación de la prueba o no se cuenta con la intervención de un tercero imparcial que dirima las controversias sobre estos temas.

El control efectivo de la prueba es posible si el acusado cuenta con la defensa adecuada. Por ejemplo, la impugnación de la credibilidad del testigo se posibilita cuando media una labor investigativa suficiente, y el control a la forma del interrogatorio puede materializarse si el abogado domina la técnica y ha preparado cuidadosamente el caso. Por fuera de estos supuestos, es posible que el derecho

³⁶ ibíd. Pag. 43

de confrontación, así como otras garantías judiciales mínimas, no trasciendan la mera literalidad.³⁷

La audiencia del juicio oral es el principal escenario para garantizar el derecho a la confrontación, ello no admite discusión cuando se cumple la regla general de que los testigos declaran en dicho escenario, con inmediación, publicidad, contradicción, confrontación.

Cuando no es posible lograr la comparecencia del testigo al juicio, se abre la discusión sobre el uso que puede hacerse de las declaraciones anteriores, tema que tiene diversos tratamientos en el derecho comparado. A pesar de dichas diferencias, existe consenso en afirmar que el acusado tiene derecho a confrontar a los testigos de cargo, lo que puede ocurrir por fuera del juicio oral (como en los casos de prueba anticipada) o en un momento posterior a la declaración (como cuando se admite como evidencia sustantiva una declaración anterior inconsistente con lo declarado en el juicio).³⁸

En sentencia con radicado 34131 de 2014, la Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Penal, indicó que el principio de contradicción se refiere a la garantía de contrainterrogar al testigo y controvertir la prueba:

La garantía de controversia no resulta satisfecha con la sola posibilidad de que la parte pueda rebatir el mérito de la prueba una vez haya sido practicada, sino que se requiere, para garantizar plenamente la operancia de este derecho, brindar la oportunidad a la parte contra quien se aduce la prueba, de contrainterrogar al testigo, según así surge del principio rector consagrado en el

³⁷ Ibíd. pág. 53y 54

³⁸ Ibíd. Pag. 83

*artículo 16 de la Ley 906 de 2004 cuando establece que la prueba debe estar sujeta a confrontación y contradicción*³⁹

Esta posición del máximo tribunal de cierre, encuentra su fundamento en lo consagrado por el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, por cuanto se establece que las exposiciones recibidas por la Fiscalía General de la Nación, no adquieren el carácter de prueba, cuando no son practicadas con sujeción al contrainterrogatorio de las partes.

“Los sistemas de corte acusatorio acogen generalmente como regla el principio de exclusión de la prueba de referencia, permitiendo su admisibilidad a práctica sólo en casos excepcionales normativamente tasados, o cuando el juzgador, dentro del marco de una discrecionalidad reglada, lo considere pertinente, atendiendo a factores de diversa especie, como la indisponibilidad del declarante, la fiabilidad de la evidencia que se aduce para probar el conocimiento personal ajeno, la necesidad relativa de la prueba, o el interés de la justicia. (Corte Suprema de Justicia, Proceso 29416 de 2008)

5

Así pues, “los principios de inmediación y concentración, inspiradores de un sistema con una estructura y finalidades claramente determinadas, solo cobran sentido a través de la participación activa, ineludible y permanente del funcionario de conocimiento”, (Corte Suprema de Justicia, Proceso 38512 de 2012) es decir, con el necesario acompañamiento del juez como director del proceso penal y es, con la admisión excepcional de la prueba de referencia en donde inicial y equívocamente se podría dilucidar una aparente irregularidad en la aplicación de estos principios.”

³⁹CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 34131. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Martínez. 2014.

4. LINEA JURISPRUDENCIAL

En el manual de la prueba en el proceso penal, Fernando Bedoya Sierra, afirmo que a partir de la sistemática del juicio oral en Colombia para el problema jurídico desatado entre la prueba de referencia y los intereses constitucionales de la inmediación, confrontación y oralidad han surgido tres posibles soluciones al problema esgrimido

1. *Admitir en todos los eventos las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral rendidas por fuera del juicio oral para brindar a la administración de justicia todos los medios de conocimiento que hagan posible la realización de la justicia material, es una postura ligada con la consideración de que la prueba de referencia entraña un problema de valoración y no de legalidad o siguiendo la tradición española, que el problema es de valoración y no de valorabilidad.*
2. *Negar toda posibilidad de admisión de prueba de referencia, para garantizar la vigencia de los principios de inmediación y contradicción. Tal forma de ver las cosas está relacionada con serias reservas en torno a la confiabilidad de la prueba de referencia y con la postura de que los problemas de estos medios de conocimiento están más asociados con la valorabilidad que con la valoración.*
3. *Una tercera posición, ecléctica, orientada a consagrar como regla general la inadmisibilidad de la prueba de referencia y a permitir su admisibilidad en eventos excepcionales, con lo que se pretende la armonización de los intereses constitucionales relacionados en este acápite.⁴⁰*

⁴⁰ BEDOYA SIERRA. O.p. cit, Prueba de Referencia y Otros Usos de Declaraciones Anteriores al Juicio Oral, Pág.119.

3.1. PERIODO SELECCIONADO

Se toma un lapso de trece años comprendido desde el año 2005, fecha en que inició la aplicación progresiva de la Ley 906 de 2004 y la fecha actual, haciendo un seguimiento a la evolución y el desarrollo del precedente judicial a través de la línea jurisprudencial esgrimida por la Corte Suprema de Justicia – sala de Casación penal- frente a la admisibilidad y/o exclusión de la prueba de referencia.

3.2. PUNTO ARQUÍMEDICO

Teniendo en cuenta que la metodología por medio de la cual se lleva a cabo esta línea jurisprudencial es la sugerida por Diego López Medina, en su obra El Derecho de los jueces.

Es preciso, establecer como lugar de partida un punto de apoyo, cuya necesidad se ve justificada en tener una sentencia recientemente emitida por la CSJ, en donde la corporación mencionada se halla pronunciado acerca de un tema en específico, para de esa manera nutrir la línea jurisprudencial con toda la información de importancia contenida en otras decisiones tomadas con antelación a la sentencia de apoyo y citadas en la misma.

Gracias a que el principal objeto de estudio de esta línea jurisprudencial es la prueba de referencia y su convivencia con algunos de los principios del derecho procesal. Se escogió como punto arquimedico la sentencia del 25 de enero del 2017, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuellar, radicado No. 44950. En donde se resuelve el recurso de casación interpuesto por el defensor de Edgar Alberto Rodríguez

Sánchez en contra del fallo proferido el 27 de mayo de 2014 por la Sala de Decisión Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Manizales.

Además de su importancia frente al tema y de su reciente expedición, esta sentencia resulta relevante porque es en esta en donde por primera vez se llama por su nombre al principio de confrontación, nunca antes tratado como tal en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Siendo este principio de gran interés para la línea, esta providencia se torna mucho más valiosa para la obtención de los objetivos trazados.

En el presente caso, la CSJ casó el fallo impugnado absolviendo al acusado de los cargos por el delito de acceso carnal violento agravado, consagrado en los artículos 205 y 2011, numeral 6º, del Código Penal.

3.3. INGENIERIA DE REVERSA

En la Ingeniería de Reversa, se abordaron los conceptos de Diego López, en ese orden de ideas se confecciona un listado con las citaciones jurisprudenciales realizadas por la Sentencia que constituye el punto arquímico, esto es, la sentencia del 25 de enero del 2017, proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuellar, radicado No. 44950. A renglón seguido se estudian las sentencias que son motivo de referencia en la Sentencia 44950 desde la más reciente hasta la más antigua, con el objeto de ampliar la línea de proveídos a analizar.

Las siguientes son las sentencias que se analizaron en esta fase previa a la ingeniería de reversa:

Sentencia de 25 de enero de 2017, radicado 44950. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar. Procesado: Edgar Alberto Rodríguez Sánchez. Delitos imputados: acceso carnal violento agravado.

Sentencia de 31 de agosto de 2016, radicado 43916. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar. Procesado: Efrén Camargo Gutiérrez. Delitos imputados: acceso carnal abusivo agravado, en la modalidad de concurso homogéneo de conductas punibles.

Sentencia de 16 de marzo de 2016, radicado 43866. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar. Procesado: LFGS. Delitos imputados: acceso carnal abusivo en menor de 14 años, agravado por el artículo 211, numeral 2.

Sentencia de 28 de octubre de 2015, radicado 44056. Magistrada Ponente; Patricia Salazar Cuellar. Procesado: HOPV. Delitos imputados: acto sexual abusivo con menor de 14 años y acceso carnal abusivo con menor de 14 años, ambos en la modalidad de concurso homogéneo y agravados por la circunstancia consagrada en el artículo 211, numeral 2.

Sentencia de 30 de septiembre de 2015, radicado 46153. Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar. Procesados: Juvier Alfredo Flórez Díaz y Alfonso José Castillo Cárcamo. Delitos imputados: prevaricato por acción y por omisión.

Sentencia de 22 de mayo de 2013, radicado 41106, Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Martínez. Procesado: Jaime Ángel Pacheco Vergara. Delitos

imputados: peculado por apropiación en favor de terceros en concurso con prevaricato por acción y por omisión.

Sentencia de 27 de junio de 2012, radicado 34867, Magistrado Ponente: José Leónidas Bustos Martínez. Procesados: Nolan Baena Sarmiento y otros. Delitos imputados: tráfico de estupefacientes agravado.

Sentencia de 18 de abril de 2012, radicado 38051, Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. Procesado: Juan David Arbeláez Rendón. Delitos imputados: homicidio agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.

Sentencia de 14 de diciembre de 2011, radicado 34703, Magistrado Ponente: Augusto Ibáñez Guzmán. Procesado: Giovanni Vélez Valencia y otros. Delitos imputados: secuestro extorsivo agravado, en concurso heterogéneo, con porte, fabricación y tráfico de armas de fuego, agravado.

Sentencia de 18 de mayo de 2011, radicado 33651, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz. Procesado: Josue Guillermo Bobadilla Acosta. Delitos imputados: acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado por el artículo 211, numeral 4.

Sentencia de 10 de marzo de 2010, radicado 32868, Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Procesado: Juan Gabriel Peña Mejía. Delitos imputados: acceso carnal con persona en incapacidad de resistir en concurso homogéneo y a la vez heterogéneo y sucesivo con actos sexuales abusivos, ambos agravados.

Sentencia de 11 de marzo de 2009, radicado 26789, Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. Procesado: Rafael Rojas Socha. Delitos Imputados: homicidio.

Sentencia de 6 de mayo de 2009, radicado 24055, Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca. Procesado: Edgar Munevar Montaña. Delitos Imputados: acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.

Sentencia de 6 de marzo de 2008, radicado 27477, Magistrado Ponente: Augusto Ibáñez Guzmán. Procesado: José Alberto Toncel Gutiérrez. Delitos imputados: concusión.

Sentencia de 8 de noviembre de 2007, radicado 26411, Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero. Procesados: Giovanni Díaz Jaramillo y otros. Delitos imputados: tres conductas de homicidio agravado doloso, cuatro conductas de homicidio agravado en grado de tentativa y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.

Sentencia de 7 de febrero de 2007, radicado 26727, Magistrados Ponentes: Marina Pulido De Barón y Jorge Luis Quintero Milanés. Procesado: Jaime Anderson Berrio Arenas. Delitos Imputados: concusión.

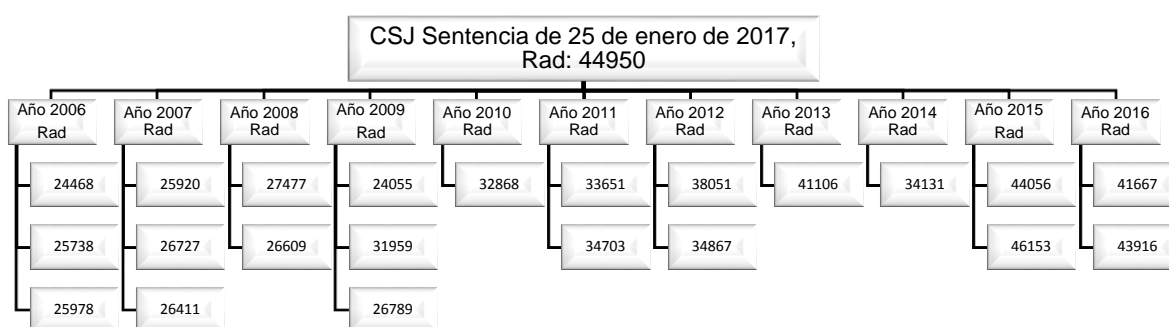
Sentencia de 21 de febrero de 2007, radicado 25920. Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz. Procesado: Julio Alberto Triviño Cruz y otro. Delitos imputados: homicidio agravado por sevicia.

Sentencia de 9 de noviembre de 2006, radicado 25738. Magistrado Ponente: Sigifredo Espinosa Pérez. Procesados: Nelson Orjuela Gómez y otro. Delitos imputados: determinadores de homicidio agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de defensa personal.

Sentencia de 30 de marzo de 2006, radicado 24468, Magistrado Ponente: Edgar Lombana Trujillo. Procesado: Elsey Alfredo Villada García. Delitos imputados: actos sexuales con menor de catorce años, agravado por ser la víctima menor de doce años

3.4. NICHO CITACIONAL

A partir de las decisiones referenciadas en la ingeniería de reversa se obtiene el nicho citacional al paso que se identifican las sentencia hito.⁴¹ , así, las sentencia citadas Sentencias citadas en la sentencia del punto Arquimédico: SP606-2017. Radicación n° 44950, son las siguientes:



Las providencias citadas en la sentencia arquimedica o de apoyo, constituyen la hoja de ruta mediante la cual se realizó este análisis jurisprudencial, a este grupo de sentencias se le llama “nicho citacional”.

⁴¹LÓPEZ MEDINA, Diego. El Derecho de los Jueces. “ *aquella que pertenece al repertorio frecuente de sentencias que la corte cita en fallos subsiguientes y, que proveen la retórica y marco de análisis en el tema concreto que se estudia*”

3.5. PUNTOS NODALES

A través de las sentencias hito que se citan, la Corte Suprema de Justicia, ha fijado los parámetros y las reglas estrictas para admisibilidad de la prueba de referencia,

3.5.1 Sentencias Hito

3.5.1.1. Sentencia 24468 del 30 de marzo 2006, M.P. Edgar Lombana

Esta Sentencia se toma como sentencia hito, donde la Corte Suprema de Justicia, esgrimió la imposibilidad de comparecencia de un testigo directo y por ello, admitió la posibilidad excepcional de admitir la prueba de referencia, y hace alusión a la sentencia 23706 del 26 de enero de 2006, que retoma u ratifica y complementa sus líneas jurisprudenciales en torno a la impropiedad de descalificar *ex ante* el testimonio de un menor alegando supuesta inmadurez (...).

“Acreditar la imposibilidad de comparecencia del testigo directo, es una exigencia legal que condiciona la pertinencia, el decreto y la práctica excepcional del testimonio de referencia”⁴²

En esta ocasión la Corte Suprema de Justicia, se refirió a la posibilidad de aceptar la prueba de referencia, la Sentencia 23706 del 26 de enero de 2006, se refirió la sentencia del 24 de noviembre de 2005, radicado 24323; radicado 14464 del 12 de

⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Proceso 24468 de 2006

junio de 2005, con respecto al análisis de la función de la Corte Suprema de Justicia en torno a la política criminal del Estado.

La Corte Suprema de Justicia, expone una posición de admisibilidad de la prueba de referencia al respecto alude: “*acreditar en modo razonable la imposibilidad de que el testigo directo comparezca, forma parte de las exigencias legales que condicionan la pertinencia, el decreto y la práctica excepcional del testimonio de referencia. Similar tipo de condicionamientos, mutatis mutandi, se predica en general de todas las pruebas referencia*”. Se denota entonces, la manifestación de una regla para la admisión de esta prueba, consistente en la imposibilidad de comparecencia⁴³.

En su *obiter dictum*, se dio a conocer la forma, como esta prueba, ha sido implementada en otros ordenamientos jurídicos; así se dijo que esta misma figura procesal ha sido implementada en diferentes países, el caso de Puerto Rico donde inicialmente era excluida de plano la prueba de referencia, en vista de la evolución del sistema y la necesidad de administrar justicia, se fue cediendo paulatinamente hasta establecer una serie de excepciones que validan el ingreso de la prueba de referencia al debate probatorio, pero mucho más amplio que el contenido en el sistema colombiano, el cual posee limitadas posibilidades para ingresar este tipo de prueba al proceso y deja otro tanto en un limbo jurídico.

Las Reglas de evidencia para el Tribunal de Justicia de Puerto Rico representan una mediana copia de lo que es la prueba de referencia en Colombia, que conserva algunas características con respecto a las cláusulas de admisibilidad excepcional, sin embargo además de las condiciones anteriormente relacionadas el proceso

⁴³ Ibid.

penal interno no tiene en cuenta aspectos que reguló la legislación internacional, a saber: i) que el declarante esté exento o impedido de declarar por razón de un privilegio reconocido en esta regla en relación al asunto u objeto de su declaración, ii) insiste en no declarar a pesar de orden del tribunal para que declare, iii) está ausente de la vista y el proponente de su declaración ha desplegado diligencia para conseguir su comparecencia mediante citación del tribunal.

El artículo 438 del mismo Código enlista unos casos como los únicos en los cuales es admisible la prueba de referencia. No obstante, dicha norma no puede interpretarse aisladamente, sino en el marco constitucional y en armonía con la sistemática probatoria del nuevo régimen de procedimiento penal, uno de cuyos fines superiores consiste en la búsqueda de la verdad compatible con la justicia material, por lo cual, el Juez en cada evento determinará cuándo es pertinente alguna prueba de referencia que pretendan aducir las partes; y en todo caso, el Juez queda obligado a otorgar a ese género de pruebas un valor de convicción menguado o restringido, como lo manda el artículo 381.

3.5.1.2 Sentencia 19561 del 26 de abril de 2006. Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas.

La Corte Suprema de Justicia, hace alusión al especial cuidado del aplicador jurídico en la valoración e interpretación de una prueba de referencia, dado su carácter excepcional. Al respecto dice Chiesa en su libro tratado de derecho probatorio:

Se excluye la prueba de referencia por su falta de confiabilidad, por su dudoso valor probatorio, no tiene las garantías de confiabilidad de la que se produce mediante testimonio en corte, a saber: i) hecha en el propio tribunal en el que se ofrece como evidencia, ii) bajo juramento, iii) frente

a la parte perjudicada por la declaración, iv) frente al juzgador que ha de aquilatar su valor probatorio y, v) sujeta al contrainterrogatorio por las partes que tengan a bien hacerlo.

En razón a los riesgos de confiabilidad que genera la prueba de referencia, el operador jurídico está en la obligación de dedicar especial cuidado al ejercicio valorativo que implica esa clase de medios de prueba, y dar aplicación a los siguientes presupuestos, establecidos jurisprudencialmente⁴⁴.

Entonces, aquella decisión que alude a la prueba de referencia, debe tener especial cuidado en su apreciación, por las connotaciones que ésta entraña y el sumo respeto que se debe a los principios de inmediación, oralidad y confrontación.

3.5.1.3 Sentencia 25920 de febrero de 2007. Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz

Esta providencia citó la Sentencia 24468 del 30 de marzo de 2006, ratificando el lineamiento jurisprudencial de la prueba de referencia que colige que *“una vez practicada la prueba pericial, documental, no es atinado, ni suficiente alegar en las instancias, ni el recurso extraordinario de casación, que una prueba es de referencia y por ende reclamar su exclusión del acopio, sin argumentos, ... toda vez que en régimen de la ley 906 de 2004, detectar que una prueba ya practicada es de referencia o que tiene contenidos de referencia no la torna ilegal, por ello, la parte interesada debe cuestionar su mérito o eficacia demostrativa en lugar de demandar su exclusión”⁴⁵.*

⁴⁴ GARCIA MORA, Diana y CUBIDES, Jaime. La prueba de referencia a la luz de los principios procesales de inmediación y contradicción en el sistema penal acusatorio. Bogotá: Universidad de la Nueva Granada: Trabajo de grado para optar al título de Especialista en procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar. 2015. Pág. 25

⁴⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Proceso 24468 de 2006.

Cuando se ha practicado una prueba y ella es de referencia, no por se torna, por ese solo hecho ilegal, por ello, cuando se atacan las pruebas de referencia, se precisa identificar sus contenido y la valoración que se ha hecho a ellos, indicando se no se cumple la tarifa legal negativa y ello lleva a un falso juicio de interpretación.

En esta providencia se citan reglas claras sobre la admisibilidad de la prueba de referencia y la sala penal de la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado con respecto a las declaraciones de los peritos, pues en principio se creía que se presentaba un problema de testimonio referenciado “frente al perito que emitía sus opiniones o informes tomando como elementos de análisis informes y conclusiones de otras personas, desconocidas en el juicio”⁴⁶. A pesar de ello, en palabras de Jairo Parra Quijano “no hay prueba de referencia si estos tienen que conceptuar sobre materia de naturaleza tal, que generalmente los expertos en ese campo descansan sobre informes elaborados por otros” y aunque sean informes y elementos de análisis suministrados por terceros, son de aquellos que generalmente utiliza el perito en el ejercicio de su profesión⁴⁷.

Si en el juicio oral se detectan pruebas con contenidos de referencia, la parte que resulte afectada tiene la facultad de objetar, evitando que la declaración ingrese al conjunto probatorio y advirtiéndolo al juez al momento de su apreciación. En caso de no haberse opuesto y que la prueba de referencia ya este incorporada, no es posible solicitar su exclusión.

⁴⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Proceso 25920 de 2007.

⁴⁷ GARCIA MORA, Diana y CUBIDES, Jaime. Op.cit. Pág. 25.

Esgrime la Corte, que la prueba practicada por peritos, dista mucho de la prueba de referencia, puesto que el perito tiene el conocimiento directo de los hechos y por tanto esta prueba goza de igualdad de condiciones con respecto a las demás pruebas; en este caso concreto, explica la razonabilidad práctica que el perito que ha utilizado una historia clínica, pueda explicarla por su idoneidad, sin ser necesaria la presencia de quién la diseñó; dándoles la calidad de prueba autónoma.

Lo anterior, toda vez que en el régimen de la Ley 906 de 2004 *“detectar que una prueba ya practicada es de referencia o que tiene contenidos de referencia no la torna ilegal. Por ello, la parte interesada debe cuestionar su mérito o eficacia demostrativa, en lugar de demandar su exclusión”*⁴⁸.

Salvo que se esté frente a una prueba de referencia múltiple, y se perciba que una declaración contenga apartes que constituya prueba de referencia admisible y no admisible, caso en el cual se deberán suprimir aquellos no cobijados por las excepciones de admisibilidad, salvo que de proceder de esa manera la declaración se torne ininteligible, en cuyo caso se excluirá la declaración en su integridad.

3.5.1.4 Sentencia 27477 del 2008. M.P. Augusto Ibáñez.

En este proveído se esgrimen las diferentes tesis que giran en torno a la prueba de referencia, las cuales van desde la que propugna por su libre admisibilidad y valoración, hasta la que propone su exclusión absoluta, pasando por posturas intermedias como la que se sustenta en el principio de la mejor prueba disponible, o la que postula su admisión discrecional, o su admisión sólo en casos

⁴⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Proceso 25920 de 2007.

normativamente tasados, o las que combinan cláusulas generales de exclusión de la prueba con excepciones categóricas y residuales, entre otras.

La limitación de la eficacia probatoria de la prueba de referencia que consagra el artículo 381, es exclusivamente para dictar sentencia condenatoria, y por tanto, que las decisiones de otro tipo que deban adoptarse en el curso del proceso penal con fundamento en elementos materiales probatorios, o evidencia física, o información legalmente obtenida, que participen de sus características, no están cobijadas por ella.

3.5.1.5 Sentencia 30598 de 2009.M.P. María del Rosario González de Lemos

A todas luces, se puede catalogar a la prueba de referencia con el carácter de testimonial, no por nada, el artículo 441 Código Procesal Penal vigente, establece que se podrá cuestionar la credibilidad de este medio de prueba en particular, por cualquier medio probatorio y regularse su admisibilidad y apreciación por las reglas generales de la prueba y en especial por las relacionadas con el testimonio y lo documental; recalcando lo siguiente:⁴⁹

“El testimonio de referencia constituye solo un medio de prueba mas no una prueba válidamente considerada, distinción que se ofrece necesaria en la medida en que

⁴⁹ GARCIA MORA, Diana y CUBIDES, Jaime. Op.cit. Pág. 15.

solamente son consideradas como tales las que han sido practicadas en el juicio y con pleno acatamiento a los principios que rigen el sistema acusatorio.”⁵⁰

3.5.1.6 Sentencia 34703 del 14 de diciembre de 2011. Magistrado Ponente Augusto Ibáñez Guzmán

En esta oportunidad se presentó una ligera variación en la línea jurisprudencial tan pacífica que hasta el momento había caracterizado a la Corte Suprema de Justicia Colombia, en esta ocasión el máximo Tribunal expresó que *“el testimonio de referencia constituye un medio de prueba, más no una prueba válidamente considerada, distinción que se ofrece necesaria en la medida en que solamente son consideradas como tales, las que han sido practicadas en el juicio y con pleno acatamiento a los principios que rigen el sistema acusatorio, entre estos el de inmediación, contradicción y defensa”*.

3.5.1.7 Sentencia 34131 del 2 de julio de 2014. M. P. José Leónidas Bustos

La Corte señala que si bien la incorporación del testimonio de prueba de referencia, comporta la inaplicación del principio de inmediación, porque no se le permite al juez recepcionar directamente la declaración del testigo o del perito en orden a establecer su credibilidad y merito persuasivo, así como el desconocimiento del derecho de contradicción en cuanto impide al acusado, la posibilidad de contrainterrogar al testigo y someter a cuestionamiento su dicho, reconoce que la presentación en el juicio oral de declaraciones por fuera de esto, no en todos los casos lesiona el derecho de confrontación.

⁵⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Proceso 30598 de 2009.

Y expone, para que dicha garantía no aparezca conculcada, se hace indispensable que se acredite la existencia de un motivo legalmente previsto que justifique la no concurrencia del testigo de cargo al juicio oral, que se le respete al acusado el derecho de defensa dándole oportunidad de controvertir en forma adecuada y suficiente mediante el ejercicio, del contrainterrogatorio a quien trasmite el conocimiento en el debate público, aportar pruebas de refutación y además que no se trate de la única fuente de conocimiento en que se apoya la decisión de condena.

Reitera esta decisión que en sentencias 25920 de 2007, 29609 de 2008, 33651 de 2011, 36023 de 2011, y 39511 de 2012, la corte ha reiterado que los testimonios de testigos expertos en psicología o psiquiatría, no necesariamente deben catalogarse como de referencia, ya que si bien para efectos de su dictamen, los peritos han de obtener la información requerida para la elaboración del estudio, directamente de la persona sometida a la valoración, la razón de ser de su experticia no es en manera alguna la facticidad puesta en su conocimiento por el paciente o la víctima, menos la responsabilidad o no del acusado, sino los aspectos de su ciencia, que interesa dilucidar en el juicio oral para el caso concreto, tales como personalidad, condición de salud, grado de afectación con la conducta ajena y de alguna manera los aspectos que permiten establecer la confiabilidad y credibilidad de quien hizo el relato, siendo precisamente esta característica la que distingue el perito del testigo experto.

“Por regla general en el sistema procesal penal, para que una declaración pueda ser considerada en el fallo como sustento del mismo debe reunir al menos los siguientes requisitos: “i) practicarse en el juicio oral y público ante el juez de conocimiento, ii) garantizarse el derecho a la confrontación, y iii) el testigo debe referir aspectos que haya observado o percibido en forma directa.” y

excepcionalmente se permite la valoración de pruebas practicadas por fuera del juicio oral, como sucede con las de carácter anticipado y las de referencia".⁵¹

Dice el artículo 437 de la ley 906, que la prueba de referencia es *"Toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza y extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en el juicio"*⁵². Además, siguiendo la línea de protección a los principios procesales, se obliga a que la declaración realizada fuera del juicio oral verse sobre hechos sobre los cuales la persona que hace la declaración haya tenido la ocasión de observar o percibir en forma directa y personal, para evitar la introducción al proceso, de testimonios de oídas de segundo grado⁵³.

3.5.1.8 Sentencia 44056 del 28 de octubre de 2015 M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

La Corte en esta sentencia recuerda los criterios indicados en la sentencia 46153 de 2015 para establecer y determinar cuándo una declaración anterior al juicio oral constituye prueba de referencia, primero empieza analizando si se vulnera el derecho de confrontación puesto que *"la parte contra la que se aduce no tendrá la oportunidad de tener frente a frente al declarante; no podrá formularle preguntas orientadas a impugnar su credibilidad, con las prerrogativas que ofrece el ordenamiento jurídico para tales efectos; ni tendrá control sobre las preguntas formuladas para obtener el relato, cuando la versión es producto de un interrogatorio"*⁵⁴.

⁵¹ GARCIA MORA, Diana y CUBIDES, Jaime. Op.cit. Pág. 14.

⁵² Ley 906 de 2004 Art. 437

⁵³ GARCIA MORA, Diana y CUBIDES, Jaime. Op.cit. Pág. 14.

⁵⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Proceso 34131 de 2014.

Para continuar con la distinción de cuando una declaración anterior constituía prueba de referencia, indico como la jurisprudencia y la ley han abordado el asunto; donde la sentencia 46153 cita a su vez a la sentencia 27477 del 06 de marzo que indica que prueba de referencia es: “(i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa y personal haya tenido la ocasión de observar y percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba *que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración...*”⁵⁵

En este orden de ideas, la CSJ en repetidas ocasiones aduce que la parte que pretenda hacer valer una declaración anterior al juicio oral como prueba de referencia, debería agotar todos los trámites correspondientes a cualquier prueba, es decir, “*deberá: (i) realizar el descubrimiento probatorio en los términos previstos por el legislador; (ii) solicitar que la prueba sea decretada, para lo que deberá explicar la pertinencia de la declaración rendida por fuera del juicio oral, sin perjuicio de los debates que puedan suscitarse frente a su conducencia y utilidad; (iii) demostrar la causal excepcional de admisibilidad de la prueba de referencia (iv) explicitar cuáles medios de prueba utilizará para probar la existencia y contenido de la declaración anterior al juicio oral, e (iv) incorporar la declaración anterior al juicio oral durante el debate probatorio*”

De esta manera, la CSJ ha sido enfática en la pertinencia de la prueba de referencia cuando una parte pretenda aducirla en el juicio, teniendo que cumplir dos requisitos: La carga de explicar la pertinencia de la declaración anterior al juicio oral, que se pretende aducir como medio de prueba de alguno de los aspectos relevantes del debate y la pertinencia de los medios de prueba elegidos para acreditar la existencia y el contenido de la declaración anterior al juicio oral.

⁵⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Proceso 27477 de 2008.

La CSJ en esta sentencia ha hecho énfasis también en recordar la causal de excepcionalidad de admisión de la prueba de referencia contenida en el artículo 438 de la ley 906 de 2004 y que la parte contra la que se pretende hacer valer la prueba de referencia, puede ejercer su derecho de confrontación y contradicción frente a los medios de prueba que la introduce.

Finalmente, la Corte se refirió a las entrevistas de las víctimas presentadas por los expertos, aduciendo que no existe duda de que las entrevistas de la víctima constituyen prueba de referencia, como quiera que se trata de (i) declaraciones, (ii) rendidas por fuera del juicio oral, (ii) aportadas al juicio oral como medio prueba de la existencia de los delitos y la autoría endilgada al acusado

3.5.8.9 Sentencia 41667 del 04 de mayo de 2016 M.P. JOSE FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

La Sala rememora la precisión realizada en la sentencia con radicado 43866 del 16 de marzo de 2016, donde se refiere a la confusión que se presenta entre la prueba de referencia y los medios que se utilizan para probar su existencia y contenido en el juicio, es así que para solucionar el problema indico que: *«En la práctica judicial suele confundirse la declaración que constituye prueba de referencia (la realizada por fuera del juicio oral, que se lleva al juicio oral como medio de prueba), con el medio utilizado para demostrar que esa declaración existió y cuál es su contenido. En estos casos es fundamental preguntarse “quién es verdaderamente el declarante que testifica en su contra –del acusado–”, y, como bien se indica en el artículo 437 de la Ley 906 de 2004, solo puede serlo el testigo que tuvo conocimiento de los hechos y entregó su versión por fuera del juicio oral, mas no el testigo que comparece al juicio a declarar sobre la existencia y contenido de esa declaración. En términos simples, siempre debe indagarse quién es el testigo de cargo*

y, en consecuencia, frente a quién se activa para el acusado el derecho a la confrontación.”⁵⁶

Es de esta manera, que para que una prueba de referencia sea admisible debe cumplir los requisitos contenidos en el artículo 438 de la ley 906 de 2004 y las generales del artículo 441 inciso segundo, de la misma ley. La admisibilidad como se ha mencionado a lo largo de este trabajo de monografía, indica la CSJ que solo es posible cuando el testigo ha i) ha perdido la memoria, (ii) es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar, (iii) padece una enfermedad que se lo impide, o (iv) es menor de 18 años y ha sido víctima de un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales. Las normas generales por su parte, requiere que se cumpla los requisitos de admisibilidad del medio de prueba como tal.

Concluye la Corte respecto a la prueba de referencia en esta sentencia, que los testimonios anónimos, llamadas o documentos, no pueden ser utilizados como medio de prueba en un proceso penal, pues es imperativo que se conozca quien es el autor de los mismos, para que este pueda ser de utilidad a la parte que lo pretenda aducir en el proceso.

3.5.8.10. Sentencia 43866 del 16 de marzo de 2016 M.P. PATRICIA SALAZAR CUELLAR

La Sala deja claro que no hay duda que toda declaración rendida por menor de edad por fuera del juicio oral, cuando son presentadas como medio de prueba del abuso sexual, es prueba de referencia, puesto que encaja en la definición del artículo 437 de la ley 906 de 2004, constituyen testigos de cargo, puesto las

⁵⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Proceso 43866 de 2016.

declaraciones están orientadas a soportar la teoría del caso de la fiscalía y que se ve disminuido el derecho de confrontación por la no comparecía del testigo al juicio oral.

La CSJ hace un resumen con el fin de determinar si una declaración anterior al juicio oral, que se lleva al juicio oral, constituye prueba de referencia:

“(i) establecer cuál es la declaración que podría constituir prueba de referencia (la rendida por fuera del juicio oral); (ii) precisar si la declaración anterior hace parte del tema de prueba (por ejemplo, en los casos de injuria o calumnia) o si está siendo aportada como medio de prueba (sólo en este caso podrá constituir prueba de referencia); (iii) analizar si con la admisión de la declaración anterior, a título de prueba de referencia, se afecta el derecho a la confrontación; (iv) tener en cuenta que el carácter de prueba de referencia de una declaración no depende de la edad del testigo ni de la manera como la legislación denomine un determinado medio de conocimiento, y (v) cuando se trata de declaraciones de menores de edad, víctimas de delitos, debe establecerse cómo se armonizan sus derechos con las garantías debidas al procesado.”⁵⁷

En esta sentencia la sala penal de la CSJ realiza una precisión muy importante respecto a la tarifa legal de la prueba de referencia, puesto que si bien recuerda que no es posible de acuerdo al artículo 381 de la ley 906 de 2004, condenar basado únicamente en la prueba de referencia, la sala si argumento que la responsabilidad penal puede establecerse a través de inferencias, a pesar de que en la Ley 906 de 2004 no se incluyó la “prueba indiciaria” como un medio de conocimiento, supresión que, sin duda, constituye un avance conceptual, por las razones expuestas en pasadas sentencias, como la 24468 de 2006, entre otras.

En este orden de ideas, indico que no existe duda de que la prueba que acompaña la de referencia, “en orden a superar la prohibición consagrada en el artículo 381,

⁵⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Proceso 43866 de 2016

puede ser indirecta, porque si la condena puede estar basada exclusivamente en este tipo de pruebas, a fortiori puede afirmarse que las mismas pueden ser suficientes para superar la restricción objeto de análisis.”

3.5.8.11. Sentencia 43916 31 de agosto de 2016 M.P. PATRICIA SALAZAR CUELLAR

La CSJ para empezar a resolver el conflicto en cuestión en esta sentencia, distingue las declaraciones anteriores al juicio oral a título de prueba de referencia, y el uso de las mismas con el fin de impugnar la credibilidad de los testigos. Empieza haciendo el análisis bajo la lupa del derecho de confrontación (análisis hecho previamente en la sentencia 43866 del 16 de marzo de 2016)

La Corte indica que la declaración anterior al juicio como prueba de referencia vulnera el derecho de confrontación puesto que la parte contra la que se aduce no puede ejercer adecuadamente el derecho a interrogar el testigo ni posibilidad de controlar el interrogatorio, es por esto que la parte que pretenda utilizar una declaración al juicio oral como prueba de referencia, debe demostrar la causal excepcional de admisibilidad consagrada en el artículo 438 de la ley 906 de 2004.

Por otra parte, la utilización de declaraciones anteriores al juicio oral con fines de impugnación es una herramienta que el ordenamiento jurídico colombiano le otorga a las partes para cuestionar la credibilidad de los testigos presentados por la contraparte y restarle credibilidad a las declaraciones que haya dado, en las declaraciones anteriores al juicio oral con fines de impugnación si se ejerce el derecho de confrontación mucho más efectivo que en la prueba de referencia.

La CSJ también reitera la regla general consagrada en la ley 906 de 2004, en donde se indica que las declaraciones anteriores al juicio oral no se deben incorporar al proceso como prueba cuando el testigo comparece a este escenario; sin embargo,

esta misma regla no aplica cuando se trata de declaraciones de niños víctimas de delitos sexuales.

La Sala reforzó este argumento con rememorando la sentencia 44056 del 28 de octubre de 2015, donde se concluyó que los niños no deben ser llevados al escenario judicial a declarar por segunda vez, toda vez que esto sería re victimizarlos, por lo tanto, la máxima corporación concluyó que las declaraciones rendidas por fuera del juicio oral por un niño víctima de abuso sexual, son admisibles como prueba, así el menor sea presentado como testigo en este escenario.

La CSJ aclara que las declaraciones de los menores, rendidas por fuera del juicio oral, pueden ser incorporadas como prueba de referencia, mas no como “prueba autónoma”. Vale hacer la diferencia, que la alta corte ha sido más permisiva es con el informe del perito o experto que ha entrevistado a un menor, hasta el punto incluso de que pareciera que en algunas de sus decisiones se basara para condenar exclusivamente en esta prueba de referencia.

3.5.8.12. Sentencia 44950 del 25 de enero de 2017 M.P. PATRICIA SALAZAR CUELLAR (PUNTO ARQUIDEMICO DE APOYO)

En esta sentencia, la sala realiza recopilaciones de conceptos anteriores sobre la prueba de referencia, dando un panorama actual sobre el tema objeto de esta monografía.

En primer lugar, sus consideraciones empiezan aclarando que las declaraciones anteriores al juicio oral no son pruebas, excepto en los casos excepcionales de prueba de referencia admisible.

En segundo lugar, recuerda la importancia que tiene el derecho de confrontación en materia de prueba de testimonial, teniendo como elementos estructurales:”(i) *la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo;* (ii) *la oportunidad de controlar el interrogatorio (por ejemplo, a través de las oposiciones a las preguntas y/o las*

respuestas); (iii) el derecho a lograr la comparecencia de los testigos al juicio, incluso por medios coercitivos; y (iv) la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJ SP, 28 Sep. 2015, Rad. 44056, CSJ SP, 4 May. 2016, Rad. 41.667, CSJ SP, 31 agosto. 2016, Rad.43916, entre otras". Adicionalmente, resaltó la importancia de como la excesiva vulneración del derecho a la confrontación puede ubicarnos en el escenario de si una declaración anterior al juicio oral constituye prueba de referencia o no.

La sala rememora la decisión CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153 donde se indicaba que el procedimiento para la incorporación de una declaración anterior al juicio oral a título de prueba de referencia. En resumen: *"(i) deben ser objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte."*

También se recordó que las declaraciones anónimas no podían constituir prueba de referencia, tal cual se indicó en la sentencia 41667 del 4 de mayo de 2016.

En esta sentencia la corte también se refiere a las declaraciones anteriores al juicio oral, aquellas en las cuales, si el declarante no puede comparecer, podría ser considerada prueba de referencia si cumple con los requisitos de admisibilidad. Por otra parte, si está disponible para declarar, debe ir al juicio oral y dar su testimonio frente al juez y las partes, siendo posible que se contradiga con su versión anterior, pero que esa circunstancia no opta para que su testimonio se deseche, si no que ya el juez lo analizara detenidamente, puesto que se pudieron haber dado situaciones de amenaza, sobornos, miedo o no.

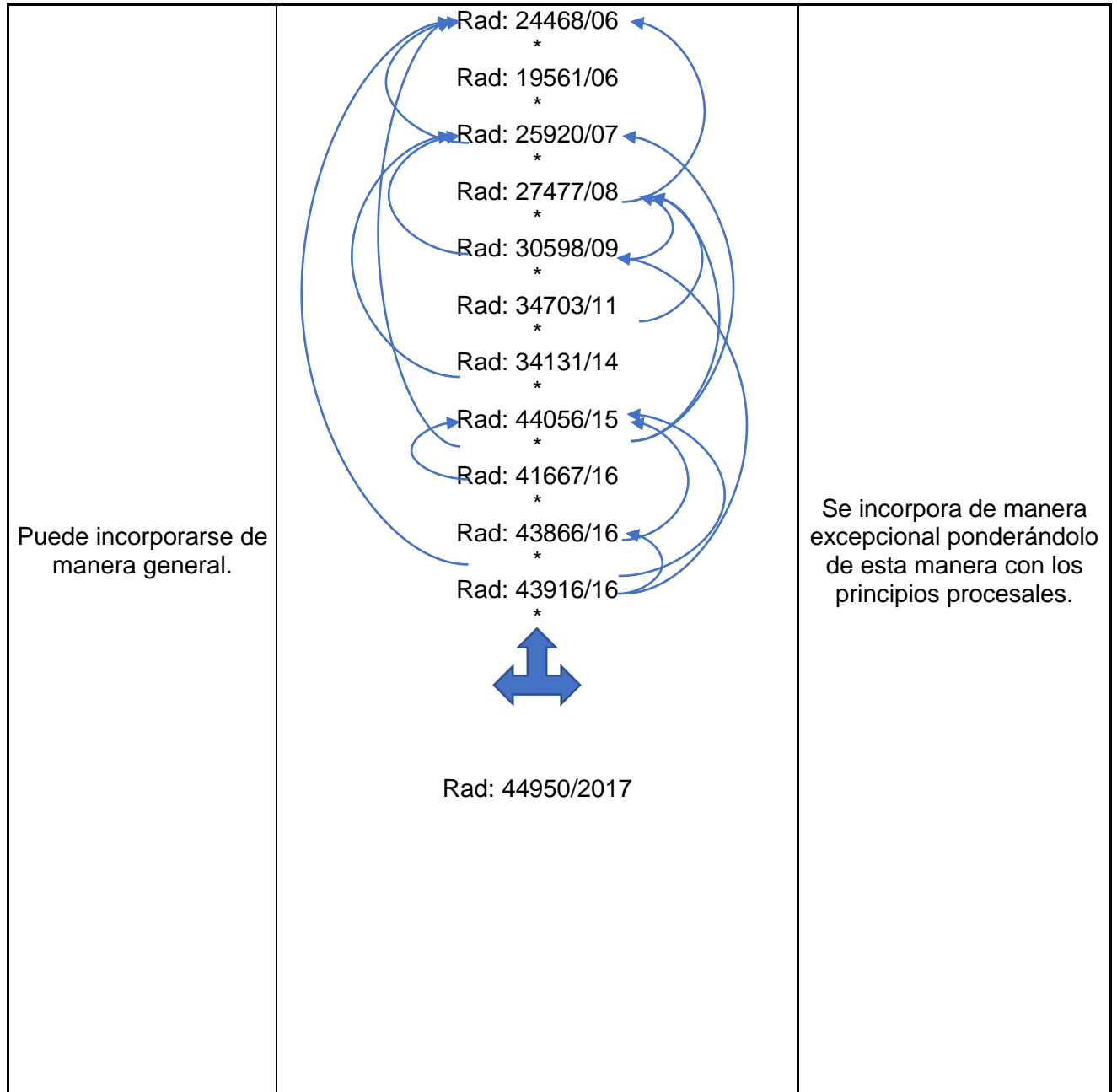
Por ultimo recordó que si la persona que dio una declaración anterior al juicio oral, está disponible para declarar, esta declaración no podría nunca ser incorporada como prueba de referencia, toda vez que está faltando al requisito principal de la admisibilidad excepcional de la prueba de referencia, es decir, no estar disponible para declarar o que por sus afectaciones mentales, no sea posible reconstruir los hechos.

3.6. GRAFICA DEL PROBLEMA JURIDICO – LINEA JURISPRUDENCIAL

Cómo la sala penal de la Corte Suprema de Justicia ha abordado la prueba de referencia desde la expedición del Código de Procedimiento Penal⁵⁸, cuando esta pretende ser utilizada en un juicio oral, de cara a determinar si las altas cortes han permitido la vulneración de los principios de oralidad, confrontación e inmediación, o sí por el contrario, los mismos han prevalecido frente a una prueba de referencia.

⁵⁸ Ley 906 de 2004.

¿Puede ser utilizada la prueba de referencia en el juicio oral con ponderación de los principios de oralidad, confrontación e inmediación?



La anterior gráfica muestra como la Sentencia elegida como punto arquimédico de partida cita algunas sentencias tomadas como puntos nodales, de igual manera, se

trazan líneas de citas entre las sentencias que constituyen tales puntos nodales o hito.

Se observa como la línea mantiene una posición pacífica frente al tema, debido a que la prueba de referencia no se ve como prevalentemente inadmisibles, sino que por su especialidad y vulneración a los principios procesales se admite de manera excepcional para poder lograr cierta ponderación con los principios básicos que rigen el proceso penal.

CONCLUSIÓN

La Ley 906 de 2004, varió totalmente la estructura del proceso penal e introdujo nuevas figuras como el principio de oportunidad, los preacuerdos, etc., también acogió conceptos como lo es la prueba de referencia, (en la Ley 600, prueba de oídas), consagrando la posibilidad de incorporarla al juicio oral, bajo estrictos y excepcionales parámetros tanto de admisión como de valoración e interpretación, so pena de incurrir en falso juicio de apreciación.

Se entiende por prueba de referencia aquella que se lleva a cabo por una persona ausente en el juicio oral, o sea, por fuera del mismo, y que a pesar de producirse por fuera, se utiliza en el proceso, en aquellos eventos en los cuales se cumplen con unos parámetros excepcionales, indicados taxativamente por la ley.

Es deber del juez y derecho de las partes, el ejercicio del derecho de contradicción como posibilidad de controvertir las pruebas que se producen en el juicio, lo cual no es tan claro, cuando se incorporan pruebas de referencia. La misma situación ocurre cuando hablamos del principio de oralidad y del de inmediación, que radica en el conocimiento directo que debe tener el juez como director del proceso penal de todos y cada uno de los medios de convicción; es por ello por lo que las pruebas se deben practicar dentro de audiencia pública, siendo válidas en principio solamente aquellas que allí se practican y controvierten.

La audiencia del juicio oral es el principal escenario para garantizar el derecho a la confrontación, ello no admite discusión cuando se cumple la regla general de que los testigos declaren en dicho escenario, con inmediación, publicidad, contradicción,

confrontación, dando lugar a la problemática jurídica, de cara a establecer si es posible la incorporación de la prueba de referencia en el juicio oral, sin violentar los principios de inmediación, oralidad y confrontación de la prueba. .

Sobre la problemática abordada se encuentra que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, como máximo tribunal de cierre, ha proferido posiciones intermedias en torno a la admisibilidad de la prueba de referencia, en eventos normativamente tasados y contenidos en la ley, donde en forma evidente y clara se abandonan los extremos perjudiciales que tienden a la libre admisión o al otro extremo sobre la exclusión absoluta, optando por tesis intermedias de admisibilidad o exclusión.

Se identifica un precedente judicial abordado por la Corte Suprema de Justicia, que refleja unanimidad en su posición, en torno a la consagración de la prueba de referencia en el Sistema Penal Acusatorio, consagrado para Colombia a través de la Ley 906 de 2004, indicando que la admisión de la prueba de referencia es excepcional y estrictamente reglada; así mismo, que requiere de otras pruebas, o sea, que solo en la prueba de referencia no se puede fundar una decisión.

Una prueba de referencia se identifica con facilidad, y para que posea validez, también debe cumplir con los estándares de admisibilidad probatoria que se le exigen a otros medios de prueba, por ende, requiere de un chequeo previo en donde el operador jurídico, determina además otros requisitos propios de la naturaleza especial de la misma, si efectivamente esta trata de aspectos introducidos de forma directa o personal; si se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos que se pretenden hacer valer en la declaración, y que esa verdad a su vez, tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate, relacionados directamente con la tipicidad de la conducta, las circunstancias de

atenuación o agravación punitivas y el grado de intervención en la conducta delictiva.

La Corte Suprema de Justicia, en providencias como la contenida en el radicado 24468 del 2006, ha introducido reglas para la admisión de la prueba de referencia, como que se justifique la imposibilidad de comparecencia, al mismo tiempo exige que la prueba de referencia, no dependa de sí misma, sino que se apoye en otras pruebas que pueden ser incluso indiciarias; pero al tiempo resalta que recorta el derecho de defensa, porque no es factible interrogar al testigo, por ello, su apreciación dentro del proceso, se toma solo como elemento de partida.

También se ha identificado en la línea jurisprudencial, destacada en Sentencias como la 25920 de 2007, que una vez practicada la prueba de referencia, esta *per sé*, no es ilegal, por tanto, no es su exclusión lo que debe pretenderse, sino la valoración que se da a la misma, que puede desencadenar en un falso juicio de interpretación por no atenerse a la tarifa legal negativa que le es exigida por la ley.

Así las cosas y dado el carácter excepcional de la prueba de referencia y las dudas sobre su confiabilidad, se impone al aplicador jurídico una obligación de mayor cuidado en el ejercicio de valoración e interpretación de la misma, ponderándolo con los principios que rigen el ordenamiento jurídico, como se expresó en la Sentencia 30704 de 2011, sobre la diferencia de la prueba de referencia con otros medios de prueba y su obligación de acatar los principios que rigen el sistema acusatorio, entre estos el de inmediación, contradicción y defensa..

La Corte Suprema de Justicia, ha proferido su punto de vista, de acuerdo con los postulados de la Ley 906 de 2004, limitando su labor a una pedagogía en torno a lo

que es o no es una prueba de referencia, como ha ocurrido en casos donde diferencia una prueba pericial de una prueba de referencia, confusión bastante común por parte de los casacionistas sobre todo en procesos de delitos sexuales,

De la misma manera se destaca una línea pacífica que ha sostenido un punto intermedio entre no admisibilidad y admisibilidad excepcional de la prueba de referencia, bajo estrictos parámetros de respeto y ponderación de los citados principios de inmediación, confrontación y oralidad.

BIBLIOGRAFÍA

BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. La prueba en el Proceso Penal Colombiano. Bogotá: Fiscalía General de la nación. P. 124. En:<http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/01/LaPruebaenelProcesoPenalColombiano.pdf>.

BEDOYA SIERRA, Luis Fernando. Prueba de referencia y otros usos de declaraciones al juicio oral. Medellín, Ed Comlibros.2013.

Congreso de la República. Ley 906 de 2004. Bogotá.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 30 de marzo de 2006, Radicado 34468.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 25920. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz. 2007.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 27477. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Augusto Ibáñez Guzmán. 2008

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.. Proceso 28432. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente María del Rosario González de Lemos.2007.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 30598. Sala de Casación Penal.
Magistrado Ponente María del Rosario González de Lemos.2009

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 24468. Sala de Casación Penal.
Magistrado Ponente Edgar Lombana Trujillo.2006

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 19561. Sala de Casación Penal.
Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas.2006.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 23960. Sala de Casación Penal.
Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Páez.2006.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 24323. Sala de Casación Penal.
Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas.2005.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 24920. Sala de Casación Penal.
Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Martínez.2008.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 29416. Sala de Casación Penal.
Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas.2008.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 29609. Sala de Casación Penal.
Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca.2008.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 34131. Sala de Casación Penal.
Magistrado Ponente José Leónidas Bustos Martínez.2014.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 36023. Sala de Casación Penal.
Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero.2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 38512. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández. 2012.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Proceso 40702. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente María del Rosario González Muñoz. 2012.

DECAP FERNÁNDEZ, Mauricio. El juicio oral y los principios de inmediación y contradicción. En: Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Enero, 2014. Vol. 36, p.69; Schönbohn , Horst y Lösing, Norbert, Sistema acusatorio, proceso penal, juicio oral en América Latina y Alemania, s.e., Caracas, 1995, página 54; Roxin, Claus, Derecho procesal penal, traducción de la vigésimaquinta edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier, Del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 102 394; Castro Jofré, en Introducción al Derecho procesal penal chileno, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, junio de 2006, p. 60; Florian, Eugene, Elementos de Derecho procesal penal, L. Prieto Castro (trad.) Jurídica Universitaria, México, abril de 2002, volumen 1, p. 52.

DEVIS ECHANDIA, H.. Compendio de la Prueba Judicial, anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso. Tomo I. 1981.

GACETA DEL CONGRESO. Informe ponencia para primer debate al proyecto de ley 01 de 2003. Cámara por la cual se expide el código de procedimiento penal. Bogotá D.C., 24 de octubre de 2003

GARCIA MORA, Diana y CUBIDES, Jaime. La prueba de referencia a la luz de los principios procesales de inmediación y contradicción en el sistema penal acusatorio. Bogotá: Universidad de la Nueva Granada: Trabajo de grado para optar al título de Especialista en procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar. 2015. P. 25

LOPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los Jueces. Bogotá: Editorial Legis, pág. 168

HARIN VÁSQUEZ, Ramiro. (2004). Sistema Acusatorio y Prueba. Ediciones nueva jurídica.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. Sentencia C-144. Bogotá: Corte Constitucional. 2010.. En: www.corteconstitucional.gov.co

PARRA QUIJANO, JAIRO. Manual de Derecho Probatorio, Bogotá, D.C.; Universidad externado de Colombia, librería ediciones del profesional, décima sexta edición. Pág. 813 – 818.

PARK, ROGER. The definition of hearsay: To each its own. VOL 16.1996.

RODRIGUEZ, Orlando Alfonso. El testimonio Penal y sus errores, su práctica en el juicio penal y público. Bogotá: Editorial Temis: Segunda Edición. 2005. Pag 317. Capitulo XXV.

SOLÓRZANO GARAVITO, C. (2005.). *Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral*.

1st ed. Bogotá, Colombia: Ediciones Nueva Jurídica. p53

Tribunal General de Justicia de Puerto Rico. (1979). Reglas de evidencia.

VARGAS HERNANDEZ, Clara Inés. Sentencia C-591 de 2005. Bogotá: Corte Constitucional Colombiana, 2005.

VELAYOS MARTÍNEZ, María Isabel. El Testigo de referencia en el Proceso Penal.1998.

ANEXOS

FICHAS BIBLIOGRÁFICAS

ANEXO A

Sentencia: 44950 de 25 de enero de 2017 CSJ	
MAGISTRADO PONENTE	Patricia Salazar Cuellar
TEMA PRINCIPAL	Recurso extraordinario de casación, interpuesto por el defensor de Edgar Alberto Rodríguez Sánchez, contra del fallo de segunda instancia emitido por la Sala de decisión Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Manizales, que revocó la sentencia absolutoria emitida por el Juzgado el juzgado del circuito de Puerto Boyacá, condenándolo a 19 años de prisión, tras hallarlo penalmente responsable del delito de acceso carnal violento.
HECHOS Y ARGUMENTOS	<p>Los hechos fueron ocurridos en curso del año 2010. Todo comenzó debido a que la abuela de la víctima, cuyo nombre es Kelly Johana Isaza (persona con discapacidad auditiva), decidió arrendarle una habitación al procesado, para que este viviera en ella, pero por las características de la residencia, tenía que compartir el baño y el patio de ropas con Kelly y su abuela, quienes eran las únicas personas que residían en la casa. Con el paso del tiempo, el señor Rodríguez Sánchez, aprovechándose de la vulnerabilidad de la joven en estado de discapacidad, la accedió carnalmente y por la fuerza en repetidas ocasiones, situación que posteriormente desencadenó relaciones sexuales consentidas, puesto que la víctima terminó tolerando dicho comportamiento. Producto de dichas relaciones sexuales, la víctima terminó en estado de gravidez. Una vez imputados los delitos que procedían a Rodríguez Sánchez por la Fiscalía, el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Boyacá, decidió absolver al procesado del delito de acceso carnal violento agravado, por haber quedado la víctima en estado de embarazo. El fallo de primer nivel, fue apelado por la víctima y fue de posterior conocimiento de la Sala Penal de Descongestión del Tribunal Superior de Manizales, que decidió en segunda instancia, condenar al procesado a una pena de 19 años de prisión tras hallarlo penalmente responsable del delito de acceso carnal violento agravado por haber quedado la víctima en estado de embarazo, fruto de los encuentros citados. La defensa del procesado interpuso recurso extraordinario de casación en contra del fallo de segundo nivel, aduciendo que 1.) El tribunal no valoró la declaración de la víctima, en donde dice que la totalidad de las relaciones sexuales que ella tuvo con el procesado fueron consentidas 2.) Se fundamentó el fallo en una declaración anterior hecha por la víctima, cuyo valor probatorio es el de prueba de referencia y además de eso, se incorporó de forma irregular 3.) El tribunal no tuvo en cuenta que lo dicho en el juicio por la víctima no fue una retractación</p>

	sino una aclaración de lo manifestado con anterioridad en una declaración. 4.) Confundió los conceptos de traducción e interpretación 5.) Omitió valorar la situación de Kelly 6.) Fundamento el fallo exclusivamente en una prueba de referencia.
RATIO DECIDENDI	La Corte en esta oportunidad, decidió casar el fallo del tribunal de segundo nivel, absolviendo al procesado de la totalidad de los delitos por los que se le condenó en segunda instancia, debido a que encontró que la totalidad de los cargos de la demanda interpuesta eran válidos, entre estos, que el tribunal de segundo nivel falló únicamente basado en una prueba de referencia.
DECISIÓN	<i>Casar el fallo impugnado</i>

ANEXO B

Sentencia: 43866 de 16 de marzo de 2016 CSJ	
MAGISTRADO PONENTE	Patricia Salazar Cuellar
TEMA PRINCIPAL	Interposición de recurso de recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado LFGS contra el fallo del 25 de febrero de 2014, mediante el cual el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, que lo condenó a la pena principal de 192 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, al hallarlo penalmente responsable del delito de acceso carnal abusivo agravado, por tener autoridad hacia el menor .
HECHOS Y ARGUMENTOS	El procesado LFGS del cual se omitió su nombre por seguridad, le ofreció un juguete a un niño de 8 años a cambio de que le dejara introducir su pene en la boca y realizar otro tipo de conductas contra la humanidad del menor, que terminaron con la eyaculación del procesado. LFGS estaba en ese momento a cargo de la víctima y su hermano de 3 años, debido a que la madre de los menores se encontraba ausente en ese momento. En primera instancia, el Juzgado que conoció el caso lo halló penalmente responsable por el delito de acceso carnal abusivo agravado. No satisfecho con la decisión del Juzgado, su defensor interpuso recurso de apelación, y el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, confirmó la decisión de primera instancia. Por decisión del procesado, su apoderado interpuso recurso extraordinario de casación ante el fallo de segundo nivel, aduciendo que en el fallo de primera instancia, el fallador incurrió en un “error de derecho por falso juicio de convicción” debido a que este evaluó un informe de policía judicial preparado por el funcionario que realizó la diligencia, como si fuese una entrevista hecha a la

	víctima, la defensa reconoce que el investigador elaboro el informe pero que la entrevista no fue documentada en ningún medio, y que si se pretendía valer dicho informe como tal, debía surtir una serie de requisitos impuestos por la ley para este fin.
RATIO DECIDENDI	La Corte dijo al respecto que no existían razones para aceptar que hubiese tal error por falso juicio de convicción, y enfatizo diciendo que la declaración rendida por el menor, constituía prueba de referencia, en la medida que en que el niño <i>"(i) rindió una declaración con claro contenido incriminatorio, que para cuando fue recibida tenía plena vocación de ser utilizada en la actuación penal, tal y como finalmente ocurrió; (ii) esa declaración fue presentada en el juicio oral, donde el niño no compareció; (iii) la Fiscalía presentó la declaración como medio de prueba de dos aspectos trascendentes del tema de prueba: la ocurrencia de la conducta punible y la autoría endilgada al procesado; (iv) por la manera como fue incorporada la declaración del niño, el acusado no pudo ejercer el derecho a la confrontación"</i>
DECISIÓN	<i>No casar el fallo impugnado</i>

ANEXO C

Sentencia: 41667 de 04 de mayo de 2016 CSJ	
MAGISTRADO PONENTE	José Francisco Acuña Vizcaya
TEMA PRINCIPAL	Recurso extraordinario de casación interpuesto por la fiscalía, contra el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia mediante el cual se revocó la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con funciones de conocimiento, por medio del cual se declaró responsable a la menor ACSC por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, para absolverla de estos delitos.
HECHOS Y ARGUMENTOS	<p>Por medio de una llamada anónima a la policía del municipio de Montenegro (Quindío) se informó que el señor Arles Soto López, había sido atacado mortalmente con arma de fuego, por una mujer cuya descripción coincidió con la de una joven de 17 años capturada cerca del lugar de los hechos y que en su poder tenía un revolver con seis cartuchos de bala, dos de ellos percutidos. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Armenia dictó fallo condenatorio en contra de la menor y le impuso la medida de privación de la libertad en un centro de atención especializado, por el término de 42 meses. Apelado este fallo por la defensa, para pedir la absolución de la menor por no existir prueba para sustentar su participación en los hechos, el Tribunal Superior de Armenia, Sala Mixta de Asuntos Penales para Adolescentes, revocó el fallo de primer nivel y la absolvió de los cargos imputados. Inconforme con esta decisión, la fiscal del caso acudió al recurso extraordinario de casación, aduciendo un cargo al amparo de la causal prevista en el numeral 3° del artículo 181 de la Ley 906 de 2004, por falta de aplicación de los artículos 103 y 365 del Código Penal, que tipifican los delitos de homicidio y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, debido a errores de raciocinio en la apreciación de las pruebas. Afirmó también que el tribunal absolvió porque en su criterio no se podía basar solamente en testimonios de referencia.</p>

<p>RATIO DECIDENDI</p>	<p>La CSJ argumenta que es evidente que los juzgadores erraron al otorgarle alcances probatorios a la llamada anónima, y que la recurrente en casación y la Fiscal Delegada incurren en similar desacierto al pretender que se la tenga en cuenta y se la aprecie como una prueba más en el juicio de responsabilidad. La prueba anónima es ilegal en el ordenamiento jurídico, lo que conlleva por parte de la CSJ a descartarla y analizar en su lugar, los siguientes elementos de prueba: los testimonios de los agentes SANTIAGO ECHEVERRI GÓMEZ y JUAN CAMILO RIVERA BETANCUR, quienes informan sobre las circunstancias que rodearon la captura de la menor y el hallazgo en su poder de un revólver con seis cartuchos, dos de ellos percutidos, (ii) el protocolo de necropsia que informa de la presencia en el cuerpo de la víctima de dos heridas con arma de fuego, (iii) el formato de inspección técnica al cadáver que informa del hallazgo en el lugar de los hechos de un proyectil de arma de fuego utilizado, (iv) el estudio de balística que concluye que el revólver incautado a la menor es calibre .38 Special, que su estado de funcionamiento es bueno y que registraba huellas de haber sido disparado anteriormente, sin poder determinarse cuándo, (v) el estudio de balística que estableció que el proyectil hallado en escena del crimen es calibre .38, y (vi) el estudio de balística que indica que el proyectil hallado en la escena del crimen no es apto para realizar estudios de uniprocedencia y que las vainillas incriminadas fueron percutidas por el revólver decomisado.</p>
<p>DECISIÓN</p>	<p><i>Casar parcialmente el fallo, descartando el homicidio y declarándola responsable de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego de defensa personal.</i></p>

ANEXO D

Sentencia: 43916 de 31 de agosto de 2016 CSJ	
MAGISTRADO PONENTE	Patricia Salazar Cuellar
TEMA PRINCIPAL	Interposición de recurso de recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado Efrén Camargo Gutiérrez en contra del fallo proferido el 25 de marzo de 2014 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá. El fallador de segundo grado revocó parcialmente la sentencia absolutoria emitida el 13 de octubre de 2013 por el Juzgado Veintinueve Penal del Circuito de esta ciudad, y condenó al procesado a la pena de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 198 meses, en calidad de autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado por tener posición de autoridad ante la víctima, en la modalidad de concurso homogéneo de conductas punibles.
HECHOS Y ARGUMENTOS	El procesado Efrén Camargo Gutiérrez, contrato a un niño quien para el momento de la ocurrencia de los hechos tenía 13 años, para que le ayudara en algunas ocasiones en su taller de máquinas de coser, otorgándole sin lugar a dudas una situación autoridad frente al menor. En medio de la relación laboral el procesado con la promesa de pagarle dinero, incito a que el menor viera películas de contenido pornográfico y se masturbara al mismo tiempo que él lo hacía, dichas circunstancias facilitaron al procesado la oportunidad para que en repetidas ocasiones lo penetrara por el ano e introdujera su pene en la boca del menor. La fiscalía le imputo cargos a Camargo Gutiérrez, pero el Juzgado Veintinueve Penal del Circuito de Bogotá, lo absolvió. La sentencia proferida por el Juzgado fue apelada por la fiscalía y por el representante de la víctima, posteriormente el Tribunal Superior de Bogotá, condeno al procesado a 198 meses de prisión, por el delito de delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años

	<p>agravado por tener posición de autoridad ante la víctima, en la modalidad de concurso homogéneo de conductas punibles. La defensa del procesado, decidió interponer recurso extraordinario de casación, aduciendo que el tribunal incurrió en una pluralidad de errores: "(i) valoró una evidencia física (una pantaloneta, supuestamente del menor, que al parecer contenía fluidos del acusado), sin que la misma haya sido mencionada en la audiencia preparatoria ni incorporada como prueba en el juicio oral; (ii) concluyó que en esa prenda se hallaron fluidos del menor, sin ser ello cierto; (iii) se basó en dicha evidencia para concluir que el relato del menor Y.A.C.G. es creíble; (iv) omitió considerar las contradicciones en que incurrieron Y.A.C.G. y la madre de éste sobre las circunstancias de tiempo y lugar que rodearon los supuestos abusos sexuales; (v) omitió valorar el testimonio del acusado sobre la procedencia de la pantaloneta atrás relacionada y sobre la imposibilidad de que los abusos hubieran ocurrido durante la Semana Santa, que desvirtúa lo declarado por la denunciante y el menor; (vi) bajo el errado argumento de que su uso resultaba violatorio del principio de confrontación, desestimó la impugnación de los dos testigos de cargo, realizada por la defensa a partir de lo que estos manifestaron en declaraciones anteriores al juicio oral; (vii) no tuvo en cuenta que la declaración de la madre de Y.A.C.G. va en contravía de lo declarado por el médico que tuvo a cargo el examen sexológico; y (viii) omitió las contradicciones en que incurrió la madre de la víctima"</p>
RATIO DECIDENDI	<p>La Corte dijo al respecto que los medios utilizados por la defensa para impugnar la credibilidad de los testigos, no tenían la trascendencia necesaria como para desvirtuar la presunción de legalidad de los mismos. Por ello decidió no casar la demanda, pero si casar de manera oficiosa, quitándole el agravante a la pena inicialmente impuesta por el tribunal, modificando de esta manera la condena, de 198 a 148 meses y 13 días de prisión. La razón para quitar el agravante se dio gracias a que para la corte no era clara la existencia de una relación laboral entre la víctima y el procesado, por ende no era posible estar seguros más allá de toda duda razonable, que Camargo Gutiérrez tenía una posición de autoridad frente al menor.</p>
DECISIÓN	<p><i>Desestimar la demanda y casar parcialmente de oficio el fallo impugnado</i></p>

ANEXO E

Sentencia: 46153 de 30 de septiembre de 2015 CSJ	
MAGISTRADO PONENTE	Patricia Salazar Cuellar
TEMA PRINCIPAL	Recurso extraordinario de casación interpuesto por la fiscalía y la defensa de los procesados, contra el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, mediante el cual decidió la solicitud de pruebas en la audiencia preparatoria dentro del juicio adelantado contra un numero plural de procesados, por los delitos de prevaricato por acción y por omisión.
HECHOS Y ARGUMENTOS	La fiscalía pide a la corte mediante este recurso extraordinario, modificar el auto del Tribunal mediante el cual admitió todas las pruebas requeridas por los apoderados de los acusados. Concretamente se aparta de la autorización para que los abogados aduzcan en la etapa probatoria decisiones judiciales proferidas por las altas Cortes, con el fin de que se conozca el precedente jurisprudencial. los defensores de los procesados piden a su vez, la inadmisión de la totalidad de las pruebas solicitadas por la Fiscalía, teniendo en cuenta que no hubo argumentación en torno de la “pertinencia, razonabilidad, utilidad y admisibilidad” de ellas, tal y como queda evidenciado con el “cuadernillo” que el delegado fiscal entregó a los defensores y al Tribunal.
RATIO DECIDENDI	En este caso la Corte decidió revocar la decisión del tribunal de primera instancia, porque los precedentes no son tema de prueba, principalmente porque hacen parte del derecho que eventualmente podría aplicarse al caso. Así, su utilización por las partes o por el juez no está supeditado a la demostración de su existencia, como si se tratara de un aspecto fáctico.
DECISIÓN	<i>Revocar en parte el auto del tribunal y confirmar el resto de temas</i>

ANEXO F

Sentencia: 44056 de 28 de octubre de 2015 CSJ	
MAGISTRADO PONENTE	Patricia Salazar Cuellar
TEMA PRINCIPAL	Interposición de recurso de recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del procesado HOPV contra el fallo del 22 de abril de 2014, mediante el cual el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la sentencia de primera instancia proferida el seis de marzo de 2014 por el Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito Bogotá, que lo absolvió por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años (Art. 208 del Código Penal), y lo condenó por el delito de actos sexuales abusivos con menor de catorce años (Art. 209 ídem), agravado según lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 211 ibídem, en la modalidad de concurso homogéneo de conductas punibles.
HECHOS Y ARGUMENTOS	El procesado HOPV, del cual se omitió su nombre por seguridad, le tocó la vagina y los glúteos a una menor de cuatro años de edad, con la intención de “satisfacer sus apetitos sexuales”, a raíz de lo acontecido, la Fiscalía le imputo cargos y lo llevo a juicio. El Juzgado Veinticuatro Penal del Circuito de Bogotá, lo condenó por los delitos de acto sexual abusivo con menor de 14 años, agravado por tener posición de autoridad ante la víctima, en la modalidad de concurso homogéneo de conductas punibles. Le impuso la pena principal de 184 meses de prisión, así como la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. La sentencia fue apelada por el defensor del procesado, y en segunda instancia el Tribunal Superior de Bogotá decidió confirmar la sentencia de primer nivel. No satisfecho con la decisión, la defensa interpuso recurso extraordinario de casación contra el fallo del Tribunal, aduciendo que se valoraron unas entrevistas realizadas a la menor, las cuales nunca fueron aportadas como prueba por la fiscalía, y que por ende el fallador de segundo nivel incurrió en un falso juicio de existencia.
RATIO DECIDENDI	La Corte dijo al respecto que <i>"el hecho de que la Fiscalía no haya hecho uso de los videos contentivos de las declaraciones rendidas por la víctima antes del juicio oral, no significa que no se haya demostrado la existencia y contenido de las mismas. Para tales efectos, la Fiscalía se valió del testimonio de las expertas, especialmente de la declaración de la señora Blanco Calvete, y del informe suscrito por ésta, tal y como lo reiteró la delegada del</i>

	<i>Ministerio Público en la audiencia de sustentación del recurso de casación"</i>
DECISIÓN	<i>No casar el fallo impugnado</i>

ANEXO G

Sentencia: 34131 de 02 de julio de 2014 CSJ	
MAGISTRADO PONENTE	José Leónidas Bustos Martínez
TEMA PRINCIPAL	Recurso de casación interpuesto por la defensa del acusado JEL, contra el fallo de segundo nivel por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de ... revoco la decisión absolutoria dictada por el Juzgado Noveno Penal de la Misma Ciudad, condenándolo como autor del delito de acceso carnal violento agravado.
HECHOS Y ARGUMENTOS	<p><i>"A mediados de diciembre de 2005, el señor JEL, aprovechando que su sobrina política S. , de 12 años de edad, se encontraba de visita en su residencia y tras propiciar que quedara a solas con él, la despojó de algunas de sus prendas de vestir, la acarició y la besó en su pecho y en su zona íntima para posteriormente accederla carnalmente contra su voluntad. Luego de ello, la forzó a mantener relaciones sexuales en varias oportunidades, amenazándola para que guardara silencio y ofreciéndole, para ese fin, pequeñas cantidades de dinero".</i> luego de que el fallador de primer nivel hubiese absuelto al procesado de los cargos imputados por la fiscalía, el Tribunal encargado de la segunda instancia lo condeno a doscientos diez (210) meses de prisión y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, por el cometimiento del delito de acceso carnal violento agravado. No satisfecho con la decisión condenatoria, la defensa interpuso recurso extraordinario de casación contra el fallo del Tribunal, aduciendo que este desconoció el principio de presunción de inocencia, indicando que el desacierto se configuró, dice, por violación de la garantía fundamental de la presunción de inocencia, toda vez que su representado fue condenado pese a que en su favor debía aplicarse el principio in dubio pro reo, para cuya afirmación se apoya en doctrina y jurisprudencia nacional y extranjera sobre dicho particular. Además, sostiene que el Tribunal fundamentó su decisión en la validez excepcional de la prueba de referencia y la valoración de la información aportada.</p>

RATIO DECIDENDI	Indica la CSJ que los reparos propuestos por la recurrente no denotan nada diverso de la simple y llana oposición al sentido del fallo del Tribunal tan sólo porque se le dio la razón a la Fiscalía y no a la defensa cuando aquella recurrió en apelación, pero no la sería demostración de que el juzgador de alzada hubiere incurrido en un concreto error de apreciación probatoria que diera lugar variar los supuestos fácticos en que se sustentó la sentencia de segunda instancia.
DECISIÓN	<i>No casar el fallo impugnado</i>

ANEXO H

Sentencia: 41106 de 22 de mayo de 2013 CSJ	
MAGISTRADO PONENTE	José Leónidas Bustos Martínez
TEMA PRINCIPAL	Interposición de recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, el Ministerio Público y el representante de la víctima. Contra la decisión por medio de la cual fue admitida una entrevista como prueba de referencia, proferida por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla dentro del juicio que se adelanta contra JAIME ÁNGEL PACHECO VERGARA por los delitos de peculado por apropiación en favor de terceros en concurso con prevaricato por acción y por omisión.
HECHOS Y ARGUMENTOS	En medio de un proceso penal que se adelantaba en contra del señor Pacheco Vergara, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla aceptó una entrevista realizada al señor Jaime Alberto Soto Manotas, dicha entrevista no pudo ser objeto de controversia, porque el entrevistado se encontraba huyendo de la justicia, por ende, el Tribunal la tuvo en cuenta en calidad de prueba de referencia. Frente a lo anterior, la fiscalía expone en su apelación, que la prueba de referencia no puede ser tenida en cuenta si no cumple una serie de requisitos debidamente probados, y que para este caso, dichos requisitos no se dieron a cabalidad, por ende, no basta con la mera afirmación de que el testigo está prófugo de la justicia, sino que se debieron acreditar las razones que dan a pensar que se hace imposible dar con su paradero, esto es, acreditación de actividades de búsqueda y ordenes de captura en contra del prófugo. A la exposición de la fiscalía se adhirió el ministerio público y la defensa.
RATIO DECIDENDI	La Corte encontró que la ausencia al comparecimiento por parte del señor Manotas, se dio por motivos justificables y atribuibles a su fuga y a la ausencia hasta el momento de la emisión de una orden de captura en su contra. Termina diciendo, que dicha eventualidad (fuga) se encuentra enmarcada dentro de los "eventos similares" que dispone el artículo 438 literal b, para la aceptación de este tipo de pruebas en calidad de prueba de referencia.
DECISIÓN	<i>Confirmar la decisión apelada</i>

ANEXO I

Sentencia: 38051 de 18 de abril de 2012 CSJ	
MAGISTRADO PONENTE	Julio Enrique Socha Salamanca
TEMA PRINCIPAL	Recurso extraordinario de casación, interpuesto por el defensor de Juan David Arbeláez Rendón, en contra del fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, mediante el cual se redujo la pena a 468 meses de prisión, después de haber sido condenado previamente por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Armenia por las conductas punibles de homicidio agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones.
HECHOS Y ARGUMENTOS	El señor Juan David Arbeláez Rendón, fue encontrado culpable del asesinato de un taxista en la ciudad de armenia, en primer nivel El juicio oral lo adelantó el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Conocimiento de Armenia, despacho que condenó al acusado por los cargos en comento a 498 meses de prisión, así como a 20 años de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, y le negó tanto la prisión domiciliaria como la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad. No conforme con el fallo, su defensor interpuso recurso de apelación contra el mismo, el cual fue resuelto por el Tribunal Superior de Armenia, confirmando los aspectos del debate, pero corrigiendo la dosificación de la pena, disminuyendo de 498 a 468 meses de prisión. Continuando con la insatisfacción, el defensor del procesado interpuso recurso extraordinario de casación en contra del fallo proferido por el Tribunal, pidiendo la absolución de su cliente. La demanda se justificó en los siguientes cargos 1.) Error de derecho por falso juicio de legalidad 2.) Error de derecho por falso juicio de convicción 3.) Error de hecho por falso raciocino 4.) Error de hecho por falso juicio de existencia
RATIO DECIDENDI	La corte inadmitió la de manda en contra del fallo de segundo nivel, aduciendo que era intrascendente el problema propuesto por el recurrente frente a lo debatido y decidido en el caso concreto.
DECISIÓN	<i>No se admitió la demanda</i>

ANEXO J

Sentencia: 34867 de 27 de junio de 2012 CSJ	
MAGISTRADO PONENTE	José Leónidas Bustos Martínez
TEMA PRINCIPAL	Recurso de casación interpuesto por el defensor de Nolan Baena Sarmiento, Francisco Fernando Baloy García....., contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Andrés, mediante la cual confirmo el fallo dictado por el Juzgado Penal del Circuito Especializado del archipiélago en mención, que condeno a los procesados por el delito de tráfico de estupefacientes agravado.
HECHOS Y ARGUMENTOS	Los hechos que dieron lugar este recurso extraordinario, sucedieron en la ciudad de San Andrés, en el año 2008, donde los procesados se encontraron sorprendidos por la infantería de marina de esa ciudad, mientras tenían en su poder varios paquetes que albergaban en su interior clorhidrato de cocaína. Los implicados fueron puestos a disposición de las autoridades. Posteriormente el Juzgado de primer nivel los condeno a 21 años y 3 meses de prisión y multa de 2.666 s.m.l.m.v., y la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual tiempo, las partes afectadas apelaron y el Tribunal competente confirmo la decisión del Juzgado en su totalidad. inconforme con la decisión la defensora interpuso recurso de casación contra este último fallo, aduciendo entre otros cargos, que la armada no tenía autorización para entrar al domicilio, puesto que esta es función de la Policía Nacional con previa orden. Explica que en el caso analizado no hubo querella ni denuncia, toda vez que desde un inicio la actividad de policía judicial fue asumida por la Armada Nacional, contrariando la ley, pues si había sido informada de un secuestro era su obligación comunicar esta novedad a la policía judicial (DAS o Policía Nacional), para que asumieran su función, y no arrogarse un rol que no les correspondía. Como segundo cargo manifestó que el tribunal incurrió en un error de derecho por falso juicio de legalidad, derivado del desconocimiento de los artículos 114, 205, 208, 221, 254 al 266 y 273 de la Ley 906 de 2004, al otorgar poder de convicción a la sustancia incautada en el operativo, no obstante existir serias dudas sobre el cumplimiento de la cadena de custodia.

RATIO DECIDENDI	La Corte inadmitió los cargos segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo de la demanda de casación presentada por la defensora de los procesados. y admitió los cargos primero y octavo de la referida demanda, para cuya sustentación oral se fijó una fecha.
DECISIÓN	<i>Se inadmitieron parcialmente los cargos</i>

ANEXO K

Sentencia: 33651 de 18 de mayo de 2011 CSJ	
MAGISTRADO PONENTE	Javier Zapata Ortiz
TEMA PRINCIPAL	Recurso extraordinario de casación, interpuesto por el Fiscal Seccional Sexto de Ciénaga (Magdalena) en contra del fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, que revocó integralmente la decisión de condena impuesta a Bobadilla acosta, por el Juzgado Primero Penal del Circuito y, en su lugar, lo absolvió, del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado por ser la víctima menor de 14 años.
HECHOS Y ARGUMENTOS	<p>El señor Josué Guillermo Bobadilla, accedió carnalmente y por la fuerza a una menor de seis años de edad en repetidas ocasiones. Posterior a la confirmación de los sucesos, por medio de un informe sexológico realizado por Medicina Legal. El caso fue conocido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ciénaga Magdalena, después del agotamiento de las etapas procesales, este lo condenó a la pena principal de ciento noventa y dos meses (192) meses equivalentes a dieciséis (16) años de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso, por ser autor material del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, agravado por el numeral 4º del artículo 211 de la Ley 599 de 2000. Debido al inconformismo con la decisión del Juzgado, el defensor del procesado la apeló pidiendo la absolución de su cliente, petición a la que accedió el Tribunal Superior del Distrito de Santa Marta, revocando la sentencia anterior y absolviendo al procesado de los cargos ya mencionados, aduciendo que la decisión de primer nivel se había tomado únicamente en base a pruebas de referencia. No conforme con el fallo proferido por el Tribunal, el Fiscal Seccional Sexto del Distrito de Ciénaga, interpuso recurso extraordinario de casación en contra de la decisión de segunda instancia, y presentando un único cargo en la misma</p> <p>1.) Falso Juicio de Identidad, por desconfigurarse el contenido de la prueba y no ser tenidas en cuenta.</p>

RATIO DECIDENDI	La Corte en esta oportunidad, encontró que el Tribunal de segunda instancia, cayó en un error de falso juicio de convicción, al dar la categoría de prueba de referencia, a material probatorio que requería la libre apreciación racional de las pruebas, también llamó la atención de la Corte, la tarificación impuesta por el fallador de segundo nivel a las pruebas aportadas en el juicio, pues pareció de alguna forma que dicho material probatorio fue considerado como ilícito, motivando de esta manera, una sentencia absolutoria en donde la totalidad del acervo probatorio se valoró de la peor manera.
DECISIÓN	<i>Casar el fallo impugnado, y dejar en pie el proferido por la primera instancia, con la exclusión del agravante debido a que el agravante castiga la misma conducta prohibida por el tipo principal.</i>

ANEXO L

Sentencia: 34703 de 14 de diciembre de 2011 CSJ	
MAGISTRADO PONENTE	Augusto J Ibáñez Guzmán
TEMA PRINCIPAL	Recurso extraordinario de casación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, la cual revoco el fallo proferido por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad. Absolviendo a Giovanni Vélez, Alexander Giraldo..., de los delitos de secuestro extorsivo agravado, en concurso heterogéneo, con porte, fabricación y tráfico de armas de fuego agravado.
HECHOS Y ARGUMENTOS	Los hechos que dieron lugar este recurso extraordinario, sucedieron en la ciudad de Santa Marta. Los tres procesados junto a otra persona, intimidaron a un ciudadano español con armas de fuego, lo retuvieron y coactaron su capacidad de libre locomoción, prometiéndole dejarlo en libertad a cambio del pago de la suma de ochocientos mil dólares, la víctima logro huir del lugar, dando inicio posterior a las pesquisas de rigor por parte de las autoridades, estas dieron como resultado la captura de los tres procesados implicados en la comisión de los hechos delictivos. El Juzgado encargado de conocer el proceso, condeno a los tres procesados por los delitos ya mencionados, posterior a la apelación del fallo de primer nivel, el Tribunal de segunda instancia los absolvió por completo. No satisfechos con la decisión, la Fiscalía interpuso recurso extraordinario de casación contra la decisión absolutoria, aduciendo una violación indirecta de la ley por errores de hecho por falso juicio de existencia, con apoyo en la causal tercera del artículo 181 de la Ley 906 de 2004 por manifiesto desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba. La fiscalía indico que el tribunal ignora testimonios importantes de testigos directos de los hechos, incluso el de la víctima, el cual fue una prueba de referencia, toda vez que el español viajo a su país natal, antes de la audiencia de práctica de pruebas. La fiscalía también adujo que el imputado se contradecía en los hechos y el tribunal no se pronuncia sobre las armas incautadas a los imputados

RATIO DECIDENDI	la corte dijo que el tribunal desechó la prueba de referencia en su totalidad y ni siquiera tomo en cuenta el testimonio de la víctima, siendo este, concordante con los hechos. Adicionalmente le dio muy poco valor a el testimonio de la señora Telma Isabel Colina Pertuz quien ayudo al español en su momento, al contrario del testimonio del portero del edificio, el cual solo indico que vio al español salir de rumba con los secuestradores. La CSJ encontró que el tribunal ignoro una prueba de referencia admisible(victima) y un testimonio directo (mujer que socorrió a la víctima al momento del salto del edificio) que en realidad servían para acercarse a la verdad de los hechos y los cuales el juzgado penal si tuvo en cuenta primera instancia.
DECISIÓN	<i>Casar el fallo impugnado</i>

ANEXO M

Sentencia: 32868 de 10 de marzo de 2010	
MAGISTRADO PONENTE	Sigfredo Espinosa Pérez
TEMA PRINCIPAL	Recurso extraordinario de casación interpuesto por la víctima, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, la cual confirmó el fallo dictado por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Bogotá. A través de la cual se absolvió al señor Juan Gabriel Peña Mejía, de los delitos de acceso carnal con persona en incapacidad de resistir, en concurso homogéneo y heterogéneo con actos sexuales abusivos, ambos agravados.
HECHOS Y ARGUMENTOS	Los hechos a los que dieron lugar este recurso extraordinario, sucedieron en el mes de noviembre del año 2006, y fueron denunciados por el padre de la víctima, la menor cuyo nombre se omitió para proteger sus derechos, quien para el momento de la ocurrencia de los hechos apenas contaba con apenas 13 años. El señor Gabriel Peña Mejía, quien prestaba sus servicios a la familia como conductor, tocó a la menor en su pecho y genitales, además de introducirle los dedos por el ano. Después de que el proceso fue fallado en primera y segunda instancia de manera idéntica (absolviendo al procesado). la fiscalía interpuso recurso extraordinario de casación, impugnando el fallo de segundo nivel, aduciendo 3 cargos principales y uno subsidiario: 1.) Motivación incompleta e insuficiente de las sentencias de primera y segunda instancia 2.) Nulidad por irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso 3.) Omisión en la práctica de una prueba testimonial 4.) Violación indirecta a la Ley sustancial
RATIO DECIDENDI	La Corte en esta oportunidad, optó por casar la sentencia y condenar al imputado, con el argumento que el testimonio del menor era importante, porque si bien este no podía tener la misma validez que el de un adulto, no había que descartarlo a tal punto de ignorarlo, toda vez que la niña fue muy concisa y se hizo entender con lo narrado ante la psicóloga.
DECISIÓN	<i>Casar el fallo impugnado</i>

ANEXO N

Sentencia: 26789 de 11 de marzo de 2009 CSJ	
MAGISTRADO PONENTE	Julio Enrique Socha Salamanca
TEMA PRINCIPAL	Recurso extraordinario de casación, interpuesto por el defensor de Rafael Rojas Socha, contra del fallo de segunda instancia emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, que confirmó la pena que le impuso el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso, de trece años de prisión por la conducta punible de homicidio.
HECHOS Y ARGUMENTOS	<p>En curso del año 2001, el señor Rafael Rojas Socha mayor de edad y con discapacidad auditiva, fue vinculado a un proceso penal, gracias a que las investigaciones adelantadas por las autoridades competentes, arrojaron que él había sido el autor del homicidio de la señora María de Jesús Neita Guesguan, su suegra. La víctima de 65 años de edad, fue encontrada en un precipicio con fuertes lesiones, que al parecer le fueron causadas por el procesado a raíz de que su suegra le ocultaba el paradero de su hija, mujer con la que tenía dos hijos menores de edad y a quien maltrataba y amenazaba con frecuencia. En primera instancia, el proceso fue conocido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Sogamoso quien condeno Rojas Socha a trece años de prisión, a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la sanción principal y al pago de diez salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios. Así mismo, le negó cualquier mecanismo sustitutivo de ejecución de la pena privativa de la libertad, por la conducta punible de homicidio. Dicha decisión fue apelada por la defensa del procesado. En segunda instancia, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo confirmó íntegramente la sentencia de primera instancia. Al no estar de acuerdo con la decisión del Tribunal, el abogado de Rojas Socha interpuso recurso extraordinario de casación contra esta, aduciendo 1.) Haber un error en la apreciación de las pruebas con las cuales la segunda instancia desvirtuó la presunción de inocencia, específicamente con relación a los golpes con los que fue encontrada la víctima, pues estos se</p>

	<p> pudieron haber causado mientras rodaba por el precipicio 2.) La poca credibilidad de la prueba testimonial rendida por su hijo, debido a su dificultad para hacerse entender por su corta edad, y a inconsistencias en la información contenida en el testimonio 3.) La proporcionalidad de la pena de acuerdo con su condición de discapacidad 3.) La legalidad del testimonio de su hijo. </p>
RATIO DECIDENDI	<p> La Corte en esta oportunidad, no casó la sentencia proferida por el tribunal. En primera medida la sala se pronunció sobre la legalidad de la declaración rendida por el menor de edad, aclarando que la ausencia de firma del representante legal en el acta respectiva no hace que la declaración sea inválida, por ende, este cargo no pudo salir adelante, como tampoco fueron atendidos de manera positiva por la corte los cargos atinentes a la credibilidad del testimonio rendido por su hijo, ni al requerimiento de absolución pedido por el defensor. Primeramente, aunque el procesado fuese sordomudo, él podía comunicarse a través de algunos sonidos, razón por la cual su hijo menor de edad pudo haber dicho que él estaba hablando con la víctima previamente al homicidio. En segunda medida, la Corte se negó a darle la absolución o darle algún tipo de disminución en la pena debido a su discapacidad, puesto que el hecho que el fuese sordomudo, no supone que el procesado no haya sido capaz de entender la antijuridicidad del hecho que cometía. </p>
DECISIÓN	<i>No casar el fallo impugnado</i>

ANEXO O

Sentencia: 24055 de 6 de mayo de 2009 CSJ	
MAGISTRADO PONENTE	Julio Enrique Socha Salamanca
TEMA PRINCIPAL	Recurso extraordinario de casación, interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra del fallo de segunda instancia emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, que modificó la pena impuesta a Edgar Munevar Montaña por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso por el concurso de conductas punibles de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir.
HECHOS Y ARGUMENTOS	<p>En curso del año 2003, el señor Edgar Munevar Montaña, fue vinculado a un proceso penal, gracias a una denuncia penal instaurada por el señor Segundo Martín Pérez Herrera, padre de Edilma del Carmen Pérez Montaña, mujer de 30 años de edad y con diagnóstico de limitación auditiva, quien fue accedida carnalmente en repetidas ocasiones por el procesado quien a la vez es su primo. En primera instancia, el proceso fue conocido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso quien condeno a Munevar Montaña a sesenta y cuatro meses y veintidós días de prisión, así como a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la sanción principal, y al pago de diez salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales, así mismo, le negó tanto la prisión domiciliaria como la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad. Dicha decisión fue apelada tanto por el Ministerio Público como por la defensa del procesado, el primero para que hubiese un aumento en la pena y el segundo para que se le aplicara una reducción debido a que el procesado se sometió a sentencia anticipada, confesando los hechos. En segunda instancia, el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo aceptó los requerimientos del procesado, reduciendo las sanciones principal y accesoria a cincuenta y tres meses y veintinueve días cada una, confirmando en todo lo demás la decisión impugnada. Debido a la insatisfacción con la sentencia del tribunal, el Ministerio Público interpuso recurso extraordinario de casación contra el fallo, aduciendo que: <i>"el procesado no tenía derecho a que el Tribunal le</i></p>

	<i>reconociera la rebaja de pena que contempla el ordenamiento procesal penal, por cuanto (i) la confesión brindada por EDGAR MUNEVAR MONTAÑA en la primera y única versión de los hechos que brindó ante las autoridades fue calificada y (ii) no constituyó el fundamento de la sentencia, en la medida en que careció de utilidad para llegar al convencimiento de la realización de las conductas punibles materia de imputación".</i>
RATIO DECIDENDI	La Corte en esta oportunidad, no casó el único cargo presentado por el Ministerio Público, porque en las dos instancias no se tuvo en cuenta la presunción de inocencia del procesado, por lo tanto, la corporación decidió casar de oficio el fallo impugnado, decretando <i>"la nulidad a partir del inicio del término de traslado de que trata el artículo 400 de la ley 600 de 2000, para que el Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso continúe con el trámite ordinario de la actuación y adopte la decisión que en derecho corresponda"</i> . Además, se ordenó conceder la libertad provisional del procesado.
DECISIÓN	<i>Casar de oficio el fallo impugnado y ordenar la libertad provisional del procesado.</i>

ANEXO P

Sentencia: 27477 de 6 de marzo de 2008 CSJ	
MAGISTRADO PONENTE	Augusto Ibáñez Guzmán
TEMA PRINCIPAL	Recurso extraordinario de casación, interpuesto por el apoderado judicial del Instituto de Seguros Sociales, en su calidad de víctima, frente a la sentencia de absolución al procesado José Alberto Toncel Gutiérrez de los cargos presentados por el delito de concusión
HECHOS Y ARGUMENTOS	Debido a una queja de la cual tuvo conocimiento la oficina de atención al pensionado del Instituto de Seguros Sociales, acerca de un cobro exigido por un funcionario de dicho instituto para la reactivación de la pensión de un usuario. El Jefe de dicho departamento decidió formular una denuncia penal ante la fiscalía. Luego de la formalización de la queja ante el órgano disciplinario competente. El grupo anticorrupción del DAS, decide seguir de manera prudente al señor Alonso Ruiz Ramírez (usuario afectado) a un encuentro con el funcionario implicado, en dicho encuentro se pudo observar como el señor Toncel, recibió tres billetes de veinte mil pesos supuestamente a cambio de la reactivación mencionada, en ese preciso momento, los funcionarios del DAS procedieron a capturar al implicado, posteriormente identificado como Alberto Toncel Gutiérrez, asistente jurídico del Instituto y contratado por medio de un contrato de prestación de servicios. Posterior a la legalización de su captura y demás diligencias procesales, el Juzgado dieciocho Penal del Circuito de Bogotá, lo condeno a pena privativa de la libertad de 96 meses de prisión, y multa de 66.66 salarios mínimos legales, como autor responsable del delito de concusión. La defensa interpuso recurso de apelación, y el Tribunal Superior de Bogotá decidió absolver al procesado por falta de pruebas en su contra. El apoderado del Instituto de Seguros Sociales, decidió interponer un recurso extraordinario de casación impugnando el fallo de segunda instancia, aduciendo dos cargos, 1.) si bien la ley no trata expresamente a los contratistas como servidores públicos, la doctrina y la jurisprudencia si los vinculan como tal, debido a las tareas y responsabilidades que se les otorga en materia de contratación estatal. 2.) El tribunal demerito

	equivocadamente el peso de los testimonios rendidos por los funcionarios del DAS, reduciéndolos a simples pruebas de referencia, porque según este (el tribunal) los funcionarios del DAS percibieron una simple entrega de dinero y no el acto de constreñimiento como tal, razón por la cual se tomó una decisión equivocada absolviendo al procesado en segunda instancia.
RATIO DECIDENDI	La Corte encontró que los dos cargos presentados en el recurso extraordinario eran válidos, y que efectivamente el Tribunal había errado absolviendo al procesado, dándole toda la razón al fallo proferido en primera instancia.
DECISIÓN	<i>Casar el fallo impugnado y reafirmar el de primera instancia</i>

ANEXO Q

Sentencia: 25920 de 21 de febrero de 2007 CSJ	
MAGISTRADO PONENTE	Javier Zapata Ortiz
TEMA PRINCIPAL	<p>Recurso extraordinario de casación, interpuesto por la defensa de Julio Triviño Cruz y Augusto Bonilla Bolívar, condenados a 10 años, 4 meses y 24 días de prisión y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Además, se les negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria. la pena anterior, fruto de la comisión del delito de homicidio en el grado de tentativa.</p>
HECHOS Y ARGUMENTOS	<p>Los hechos ocurrieron el 11 de mayo de 2005, en una de las tribunas del estadio “Nemesio Camacho El Campín” de Bogotá, en el intermedio de un partido de futbol que allí se realizaba, una de las barras presentes en ese encuentro deportivo, quienes se hacían llamar “marihuaneros por Santa Fe”, liderados por Julio Alberto Triviño Cruz y Augusto Eduardo Bonilla Bolívar, empezaron a desplegar conductas desafiantes ante a los miembros de la llamada “Barra Familia del Techo” precedida por las víctimas Jaisson Leonardo Ruiz Bombiela y Kevin Steve Gómez Camacho (barra perteneciente al equipo rival). <i>"Jaisson Leonardo Ruiz recibió plurales heridas con elementos contundentes y corto-punzantes. Afortunadamente logró evadir la acción de sus agresores lanzándose al primer piso del Estadio. De allí fue trasladado al hospital de Kennedy donde la oportuna acción de los médicos evitó que muriese. Similar suerte corrió Kevin Steve Gómez Camacho, por cuanto fue sorprendido (por la espalda) y recibió gravísima lesión (con arma corto punzante) que lo derribó sin que pudiese mantenerse de pies (sic) y, una vez auxiliado, también los galenos del hospital San Ignacio lograron salvarle la vida."</i> Luego que el Juzgado sesenta penal Municipal de Bogotá y el Juzgado 18 penal del Circuito de Bogotá concordaran que la conducta típica se ajustaba al delito de homicidio agravado por la sevicia, en el grado de tentativa. El tribunal Superior de Bogotá, reafirmo la sentencia emitida por el Juzgado del Circuito, pero decidió omitir el agravante (la sevicia) debido a que no se logró demostrar en el juicio la presencia de</p>

	sometimiento de las víctimas a sufrimiento innecesario. A causa del inconformismo de los procesados, estos decidieron interponer el recurso extraordinario de casación, aduciendo: 1.) Violación de su derecho de defensa 2.) Falso juicio de legalidad 3.) Falso juicio de convicción
RATIO DECIDENDI	La Corte no encontró que se pudiera lograr una verificación sustancial y correlativa de ninguno de los cargos expuestos por la defensa en la demanda de casación. En primer lugar, porque aunque hubieron algunos inconvenientes antes de la iniciación del juicio oral, se confirmó en forma completa y en debido tiempo, que los principios de igualdad, contradicción y defensa, se respetaron a cabalidad. Respecto del falso juicio de legalidad por la supuesta vulneración en la producción de pruebas, la corporación dijo que no había razón para considerar que los videos incorporados al acervo probatorio, se hubiesen incorporado sin la verificación de las reglas de autenticación de documentos. Por último, se advierte que en ningún momento hubo una atribución equivocada de valor al medio de prueba aportado, debido a que las pruebas a las que se les atribuye el falso juicio de convicción (videos e historias clínicas) tuvieron calidad de evidencia autónoma, y no de prueba de referencia.
DECISIÓN	<i>No casar el fallo impugnado</i>

ANEXO R

Sentencia: 26411 de 8 de noviembre de 2007 CSJ	
MAGISTRADO PONENTE	Alfredo Gómez Quintero
TEMA PRINCIPAL	Recurso extraordinario de casación, interpuesto por el defensor de Albert Jovani Díaz Jaramillo y Andrés Mauricio Rendón Gómez, contra del fallo de segunda instancia emitido por la Sala de decisión Penal del Tribunal Superior de Pereira, que confirmó la sentencia condenatoria emitida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira Risaralda, condenándolos a seiscientos (600) meses de prisión, interdicción de derechos y de funciones públicas por veinte años y les negó el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena. por la comisión de tres conductas de homicidio agravado doloso, cuatro conductas de homicidio agravado en grado de tentativa y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal.
HECHOS Y ARGUMENTOS	Cursando el mes de febrero del año 2006 en la ciudad de Pereira, se presentó una balacera dejando varias víctimas a su paso, la oportuna presencia de agentes de la Policía Nacional en el lugar de los acontecimientos, facilitó en gran manera la captura de los autores de los hechos criminales, debido a que testigos presenciales de la balacera indicaron a los agentes el lugar preciso donde se escondían los implicados en el crimen, se hizo posible la captura de los sujetos protagonistas de los hechos. después de que el proceso fuese conocido y fallado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pereira, la decisión de primer nivel fue apelada y posteriormente confirmada por el tribunal de segundo nivel. La defensa de los procesados decide impugnar el fallo de segunda instancia, aduciendo dos cargos, uno principal y otro accesorio respectivamente 1.) Nulidad por violación al derecho de defensa 2.) Desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de las pruebas que sustentan la sentencia.

<p>RATIO DECIDENDI</p>	<p>La Corte en esta oportunidad, decide que los dos cargos por medio de los cuales se fundamenta el recurso de casación, no prosperan. Primero que todo porque <i>"Para la CSJ es claro que un sujeto procesal puede legítimamente desistir de la práctica de una prueba en el juicio, sin que eventualmente y aun respetando el principio de imparcialidad, el juez pueda requerir o pedir explicaciones por las cuales opta la parte por esa determinación; en todo caso, la decisión de retirar la prueba está ligada a la visión insular de sacar adelante la teoría del caso del interviniente respectivo (autónoma de la parte)". En segundo lugar y respecto del cargo subsidiario, la corte fundo su decisión en lo siguiente: "Tanto ALBERT JOVANY DÍAZ JARAMILLO (a. Nene) como el otro sentenciado fueron aprehendidos en un contexto unitario de acción y de responsabilidad penal, cuando pretendieron deshacerse de la pistola Pietro Beretta con caracteres borrados y demostrado está, técnicamente -mediante evidencias admitidas como pruebas en el juicio- que fue de esa misma pistola de la que se dispararon los proyectiles que impactaron en las humanidades de Henry de Jesús Loaiza Montes y Martha Isabel Henao Torre. Por modo que desconoce la verdad el que se diga que ninguna prueba testimonial o técnica válidamente practicada en la audiencia de juicio oral lo ubique en el lugar y momento de la ejecución de los crímenes, pues una tal afirmación desconoce abierta y arbitrariamente la captura en flagrancia, indiscutible aquí."</i></p>
<p>DECISIÓN</p>	<p><i>No casar el fallo impugnado</i></p>

ANEXO S

Sentencia: 24468 de 30 de marzo de 2006 CSJ	
MAGISTRADO PONENTE	Edgar Lombana Trujillo
TEMA PRINCIPAL	Recurso extraordinario de casación, interpuesto por la defensa de Esley Alfredo Villada García, condenado a 64 meses de prisión, a inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Por el cometimiento del delito de actos sexuales con menor de catorce años, agravado por ser la víctima menor de doce años.
HECHOS Y ARGUMENTOS	La señora Franci Elena E. Mercado V, denunció al señor Esley Alfredo Villada por que se enteró de algunos tocamientos sexuales que él le realizaba a su hija menor de 12 años; se dio cuenta que ESLEY tocaba a su hija y que además enviaba boletas a otra menor, invitándola a desarrollar actos de carácter erótico sexual; dijo la madre de la menor, que su hija le informó que ESLEY le tocaba los genitales y le introducía los dedos en la vagina. En primera instancia el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Manizales, absolvió a Villada García, aplicando en su favor el principio <i>indubio pro reo</i> . La fiscalía delegada apeló el fallo de primera instancia, y la sala penal del tribunal superior de Manizales lo revocó íntegramente para en su lugar, condenarlo por el delito de actos sexuales con menor de catorce años agravado por ser la víctima menor de doce años, a la pena principal de sesenta y cuatro (64) meses de prisión, a inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo lapso. Le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena, y no le concedió prisión domiciliaria. El apoderado de Villada García, interpuso una demanda de casación postulando tres cargos en contra de la sentencia de segunda instancia; 1.) “Validez probatoria del testimonio de la menor víctima del presunto abuso sexual” 2.) “La naturaleza de los indicios en el nuevo Código de Procedimiento Penal. 3.) “El concepto del llamado testigo de referencia”
RATIO DECIDENDI	La sala encontró que la defensa no tenía razón en ninguno de los tres planteamientos realizados en la demanda de casación, dado que los mismos hacían referencia a problemas jurídicos centrales del sistema acusatorio colombiano, en lugar de presentar respuesta a los diversos tópicos del libelo.
DECISIÓN	<i>No casar el fallo impugnado</i>

ANEXO T

Sentencia: 25738 de 09 de noviembre de 2006 CSJ	
MAGISTRADO PONENTE	Sigfredo Espinosa Pérez
TEMA PRINCIPAL	Recurso extraordinario de casación, interpuesto por la defensa de Nelson Orjuela Gómez, condenado a 486 meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 20 años. como determinador de los delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones de defensa personal.
HECHOS Y ARGUMENTOS	<p>El 13 de abril de 2005 a las 3 de la tarde, en la avenida Boyacá con calle 18-C sur, barrio Lucero Bajo de la ciudad de Bogotá. En forma violenta le fue segada la vida al señor Evangelista Fonseca Ramírez, quien al momento del hecho conducía el bus de servicio público. Por llamado de auxilio de la comunidad la policía logró la captura de la persona que ejecutó la acción criminal, quien se identificó con el nombre de Oscar Duvan Acosta Laverde. Al día siguiente, por colaboración del aprehendido, fueron capturados los señores Nelson Orjuela Gómez, alias “La Araña” y José Noble Rincón, agente de la Policía que se encontraba en vacaciones, como las personas que contrataron y pagaron a Acosta Laverde para que le causara la muerte a Fonseca Ramírez. El Juzgado 20 Penal del Circuito de Bogotá conoció el caso y condeno a Orjuela y a Rincón a la pena principal de 486 meses de prisión como determinadores de los delitos de homicidio agravado y porte ilegal de armas de fuego de defensa personal. Los defensores de los procesados impugnaron el fallo y este fue confirmado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en fallo del 27 de febrero de 2006. Contra la sentencia de segunda instancia, los procesados interpusieron demandas de casación, pero la del señor Rincón fue inadmitida. La demanda de Orjuela Gómez en cambio sí fue admitida, aduciendo dos argumentos estructurales en su defensa: 1.) Falso juicio de identidad 2.) Falso Raciocinio</p>

<p>RATIO DECIDENDI</p>	<p>La sala encontró que la defensa no tenía razón en ninguno de los dos planteamientos realizados en la demanda de casación, en primer lugar, no se logró demostrar la afirmación que dio pie al primer cargo de falso juicio de identidad, debido a que no se llevó a colación el contenido fáctico de la versión suministrada por el testigo en el debate público y tampoco se logró cotejar con las manifestaciones del juzgador en orden a evidenciar el falso juicio de identidad. Respecto del segundo cargo sobre el falso raciocinio, la corte encontró que no había tal, debido a que <i>"el falso raciocinio no comporta la violación que se deriva del desconocimiento del valor o la eficacia probatoria que la ley le asigna a determinado medio de prueba, porque un error de tal naturaleza configura técnicamente el llamado falso juicio de convicción, que sólo se da cuando se está frente a un medio de convicción sometido en su valoración al método de la tarifa legal, y se desconoce el precepto que regula su eficacia probatoria, de donde el yerro es de derecho y no de hecho"</i>.</p>
<p>DECISIÓN</p>	<p><i>No casar el fallo impugnado</i></p>

